

# Schaden und Schadenersatz beim Bauen

**Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli,**  
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2003, S. 7 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

## Inhalt

<b>I. Die Haftpflicht (vom Tatbestand und von der Rechtsfolge)</b>	<b>9</b>
A Vom Schaden und von der Genugtuung	10
1. <i>Vom Schaden</i>	10
2. <i>Von der Genugtuung</i>	14
B Von den übrigen Haftungsvoraussetzungen	15
1. <i>Vertrag, Delikt oder Vertrauen (die Anspruchsgrundlagen)</i>	15
2. <i>Ursache und Wirkung (der Kausalzusammenhang)</i>	19
3. <i>Verschuldens- oder Kausalhaftung (die Haftungsgründe)</i>	20
C Von der Ersatzpflicht (die Rechtsfolge)	22
1. <i>Der Beweis des Bauschadens</i>	22
2. <i>Die Vorteilsanrechnung</i>	23
3. <i>Die Art des Ersatzes</i>	24
<b>II. Bautypische Schadensfälle</b>	<b>25</b>
A Der Vertrauensschaden des Bauherrn	25
B Der Nutzungsausfall des Bauherrn	29
C Der Selbsthilfeschaden des Bauherrn	31
D Der Mitwirkungsschaden des Unternehmers	33
E Der Wettbewerbsschaden der Planerin	35
F Der Bauschaden des Nachbarn	38

## LITERATUR

BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991; FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, in: Koller (Hrsg.), Recht der Architekten und Ingenieure, St. Gallen 2002, S. 211 ff.; FUHRER, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, S. 73 ff.; Gauch, Überschreitung des Kostenvoranschlages – Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs), in: BR 1989, S. 79 ff.; DERS., Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996; DERS., Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: recht 1996, S. 225 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998; GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: FS Keller, Zürich 1989, S. 117 ff.; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001; DERS., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000; HÜRLIMANN, Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozesses, in: Tercier/Hürlimann (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Freiburg 1989, S. 129 ff.; KELLER A., Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1996; DERS., Der Architekturwettbewerb, in: Gauch/Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 67 ff.; KOZIOL, Schadenersatz für verlorene Chancen?, in: ZBJV 2001, S. 889 ff.; LANGE, Schadenersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990; LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999; MIDDENDORF, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002; MÜLLER, La perte d'une chance, Diss. Neuenburg, Bern 2002; DERS., Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, in: AJP 2002, S. 389 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bd. I, Zürich 1995; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998; ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997; DERS., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Freiburg, Zürich 1999; SCHMID, Sachenrecht, Zürich 1997; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch/Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 113 ff.; DERS., Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000; STEINAUER, Les droits réels, Bd. II, 3. Aufl., Bern 2002; TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003; ULRICH, Der Architekturwettbewerb, Diss. St. Gallen, Hallstadt 1994; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979; WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, in: ZSR 1997, S. 343 ff.; WIDMER C., Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, in: ZSR 2001, S. 101 ff.; WIDMER/WESSNER, Erläuternder Bericht zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Bern 2000.

## Die Wahl eines Themas

[9] Es gibt zahlreiche Aspekte, unter denen man sich als Jurist mit dem Bauen auseinandersetzen kann. Das belegt die Vielfalt der Themen, die über die Jahre an der Schweizerischen Baurechtstagung behandelt wurden. Für meinen Beitrag wähle ich das *Schadenersatzrecht*, das in vertraglichen und in ausservertraglichen Haftungsverhältnissen gleichermassen bedeutsam ist und es mir so erlaubt, auf beide Anspruchsgrundlagen einzugehen. Ich beginne mit einigen Erläuterungen zu den Grundvoraussetzungen und zum Inhalt der Haftpflicht (I.), um mir dann ausgewählte, bautypische Schadensfälle vorzunehmen (II.).

### I. Die Haftpflicht (vom Tatbestand und von der Rechtsfolge)

1. Die Haftpflicht besteht darin, dass der Haftpflichtige dem Geschädigten Ersatz zu leisten hat.<sup>1</sup> Sie kann sich aus einem Vertrag oder aus einem Rechtsverhältnis ausserhalb der Verträge ergeben, hat aber stets *vier Grundvoraussetzungen*. Mit Rücksicht auf mein Thema beginne ich mit dem **Schaden**, der ersten Voraussetzung: Ohne Schaden keine Haftpflicht. Ob ein Schaden vorliegt, ist allerdings nicht immer evident, und zwar auch dann nicht, wenn eine Partei sich geschädigt fühlt oder sonst im Nachteil sieht. Dies hat vorab zwei Gründe: Erstens ist der Schaden kein Posten in der Vermögensbilanz, der dort nur mehr abzulesen wäre. Vielmehr ist Schaden ein Rechtsbegriff, was zum Beispiel heisst, dass bei der Schadensberechnung allfällige Vorteile auszugleichen sind (wie bei der Haftung für ungenauen Kostenvoranschlag) oder dass Ersatz unter Umständen auch da zu leisten ist, wo sich das Vermögen rechnerisch nicht verändert hat (wie beim sogenannten Haushaltschaden). Zweitens ist es zuweilen schwierig, den erlittenen Schaden im Gerichtsstreit ausreichend zu substantiieren, was dann dazu führt, dass der Anspruch aus Beweisgründen abgewiesen wird.

2. Haftpflicht setzt also Schaden voraus. So verhält es sich im Grundsätzlichen, und so verhält es sich auch, wenn im Umfeld eines Bauvorhabens eine Haftpflicht zu prüfen ist. Zum Schaden treten **drei weitere Haftungsvoraussetzungen** hinzu: (i) dass sich eine *Anspruchsgrundlage* ausmachen lässt, die nach klassischer Zweiteilung, von der auch das Obligationenrecht zehrt, entweder vertraglich oder ausservertraglich (unter Einschluss der Vertrauenshaftung) sein kann; (ii) dass das Verhalten des Schädigers und der Schaden kausal zusammenhängen, wobei zwischen natürlichem und adäquatem *Kausalzusammenhang* unterschieden wird; und schliesslich (iii) dass ein *Haftungsgrund* gegeben ist, der entweder im Verschulden des Schädigers oder in seiner Kausalhaftung liegt.

3. In der Folge will ich mich mit diesen Grundvoraussetzungen der Haftpflicht befassen, was mir Gelegenheit bietet, auf einige Entwicklungen der jüngeren Zeit hinzuweisen.

---

<sup>1</sup> Vom Schadenersatz zu unterscheiden ist namentlich der Anspruch auf Mehrvergütung, mit dem sich im vorliegenden Tagungsband HÜRLIMANN eingehend befasst (vgl. auch SCHUMACHER, Vergütung, Rn 326). Die Unterscheidung ist aus verschiedenen Gründen bedeutsam. Zu diesen Gründen gehört, dass nur „echte Schadenersatzleistungen“ der Mehrwertsteuer nicht unterliegen (dazu das Merkblatt Nr. 04 der Eidgenössischen Steuerverwaltung), während eine Mehrvergütung mehrwertsteuerpflichtig ist.

## A Vom Schaden und von der Genugtuung

### 1. Vom Schaden

[10] Ersatzansprüche laufen von vornherein ins Leere, wo es am Schaden fehlt. Das ist kaum der Rede wert. Klar ist auch, dass der Geschädigte nach Massgabe des Art. 42 OR seinen Schaden zu beweisen hat. Weniger klar ist dagegen, was Schaden ist. Dies gilt schon für den tradierten – auch klassischen oder natürlichen – Schadensbegriff.

#### a) Der Schadensbegriff

**1. Keine Legaldefinition.** Obligationenrecht und Nebengesetze lassen offen, was in ihrem Sinne als Schaden gelten soll (BGE 127 III 73 E. 4a). So obliegt es Lehre und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3 ZGB), den Schadensbegriff zu bilden. Das Feld wird beherrscht vom *tradierten* Schadensbegriff, wobei das Ringen um den sogenannten *normativen* Schadensbegriff die Diskussion belebt.

**2. Der tradierte Schadensbegriff.** Rechtsprechung und Lehre halten sich an einen Schadensbegriff, der den Schaden mit der Differenz, die durch das schädigende Ereignis über ein Vermögen gekommen ist, gleichsetzt. Diese *Differenztheorie* des Schadens bringt das Bundesgericht wie folgt auf den Punkt: „Der rechtlich anerkannte Schaden besteht in der unfreiwilligen Verminderung des Reinvermögens; er entspricht der Differenz zwischen der gegenwärtigen Höhe des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. ... Der Schaden kann in der Form einer Verringerung der Aktiven, einer Erhöhung der Passiven, einer Nichterhöhung der Aktiven oder einer Nichtverminderung der Passiven auftreten“ (BGE 128 III 22 E. 2e/aa, in der Übersetzung der Pra 2002 S. 431 E. 2e/aa). Obschon dieser Schadensbegriff von einem Urteil ins nächste übernommen wird, ist er doch in verschiedener Hinsicht zu relativieren:

- a. Zunächst stellt die Praxis kaum je auf das Gesamtvermögen des Geschädigten, sondern meist auf die Wertveränderungen ab, der das verletzte Rechtsgut ausgesetzt ist.<sup>2</sup> Das Bundesgericht etwa drückt dies folgendermassen aus: „Der Differenzrechnung unterworfen ist das vom schädigenden Ereignis betroffene Rechtsgut, als welches ausnahmsweise auch das Gesamtvermögen des Geschädigten erscheint, so, wenn es mit einer Verbindlichkeit belastet wird“ (BGE 116 II 444 E. 3a/aa)<sup>3,4</sup>
- b. Weiter versteht die Praxis den merkantilen Minderwert als ersatzfähigen Schaden, obschon sich hier das Vermögen des Geschädigten rechnerisch gerade nicht verändert.

---

<sup>2</sup> Dazu LÜCHINGER, Rn 84 ff.

<sup>3</sup> Daran knüpft das Gericht im Berner Baumfall an, wo es ausführte: „Lässt sich die Werteinbusse eines Grundstückes infolge Beschädigung eines darauf gewachsenen Baumes mit vernünftigem Aufwand nicht feststellen, rechtfertigt es sich, zur Berechnung des Schadens vom Baum selbst als der vom schädigenden Ereignis direkt betroffenen Sache auszugehen“ (BGE 127 III 73 E. 4c).

<sup>4</sup> Damit wird die „Differenztheorie weitestgehend aufgegeben bzw. zur Ausnahme gestempelt“ (LÜCHINGER, Rn 91; anders aber LANGE, S. 45). Das Bundesgericht hat in der Folge eine Kehrtwendung vollzogen und in BGE 120 II 296 E. 3b die Differenztheorie ohne jegliche Abschwächung zum Mass der Dinge erhoben.

[11] Denn Ersatz ist ohne Rücksicht darauf zu leisten, ob der Geschädigte die minderwertige Sache verkauft oder weiterhin selber verwendet (BGE 64 II 137 E. 3c).<sup>5</sup>

- c. Und schliesslich spricht die Praxis Ersatz für Haushaltschaden<sup>6</sup> auch dann zu, wenn tatsächlich keine Haushalthilfe eingestellt wird und damit der Vermögensabfluss – vor allem in Form von Löhnen – ausbleibt. „Der Grund für die unabhängig von den konkreten Mehrkosten vorzunehmende abstrakte Schadensermittlung liegt darin, dass der Beizug einer aussenstehenden Person für Arbeiten im privaten Rahmen eines Haushalts nicht durchwegs zumutbar erscheint ...“ (BGE 127 III 403 E. 4b). Diesen Schaden bezeichnet das Bundesgericht ausdrücklich als normativen Schaden, von dem ich als nächstes sprechen will.

**3. Der „normative“ Schadensbegriff.** Beim Bauen bleibt der Haushaltschaden und seine Bemessung natürlich im Hintergrund! Und gleichwohl ist er hier zu erwähnen, und zwar als schadensrechtliche Innovation, die illustriert, dass der tradierte Schadensbegriff einer sachgerechten Weiterentwicklung des Haftpflichtrechts nicht entgegenstehen muss. Im Zusammenhang mit dem normativen Schadensbegriff wird gemeinhin der *Kommerzialisierungs-* und der *Frustrationsgedanke* vorgeführt.<sup>7</sup> Bei der Kommerzialisierung geht es um die Ersatzfähigkeit in Fällen, in denen eine Nutzungsmöglichkeit beeinträchtigt wird, während der Frustrationsgedanke die Ersatzfähigkeit unnützer Aufwendungen zu bewerkstelligen sucht. Beide Gedanken hat die Rechtsprechung bislang abgelehnt, wenn man vom Haushalt- und vom Betreuungsschaden absieht, bei denen es um die Kommerzialisierung der Arbeitskraft geht. Von einer anderen Spielart der Kommerzialisierung werde ich noch berichten: vom abstrakten Nutzungsausfall des Bauherrn, den das Bundesgericht jedoch als ersatzunfähig einstuft.

#### b) Die Einteilung der Schäden (die Schadensarten)

**1. Nach dem verletzten Rechtsgut.** Werden Schäden nach dem verletzten Rechtsgut klassifiziert, lassen sich Personen-, Sach- und sonstiger Schaden unterscheiden. Von einem *Personenschaden* ist die Rede, wenn eine natürliche Person verletzt oder getötet wird. Ein *Sachschaden* entsteht aus der Zerstörung, der Beschädigung oder dem Verlust einer beweglichen oder unbeweglichen Sache (BGE 118 II 176 E. 4a). Ein *sonstiger Schaden* liegt vor, wenn sich die Vermögenseinbusse weder dem Personen- noch dem Sachschaden

<sup>5</sup> Als *merkantiler Minderwert* gilt beispielsweise der „bleibende Verkaufsminderwert eines stark beschädigten Autos, auch wenn nach Vornahme der Reparatur technisch kein Nachteil mehr vorhanden ist“ (Regeste zu BGE 64 II 137). In BGE 64 II 137 E. 3c anerkannte das Bundesgericht die trotz technisch einwandfreier Reparatur verbleibende Verringerung des Tauscherts eines Unfallfahrzeuges um CHF 400.— als ersatzfähigen Schaden, obschon der Geschädigte sein Fahrzeug gar nicht veräussern wollte. Allgemein: GAUCH, Werkvertrag, Rn 1633 ff.; OFTINGER/STARK, S. 371 f.; KOZIOL, S. 900.

<sup>6</sup> Diese Rechtsprechung wurde mit dem Urteil *Blein* im Jahre 1982 begründet (BGE 108 II 434 Pra 72 S. 137 ff.). Seither hat das Bundesgericht das Prinzip, wonach abstrakt berechneter Haushaltschaden ersatzfähig ist, mehrfach bestätigt (jüngst BGE 127 III 403 und BGr. 26. März 2002 [4C.276/2001] E. 7b). Auf der gleichen Linie liegt die jüngste Rechtsprechung zum Betreuungsschaden (BGr. 26. März 2002 [4C.276/2001] E. 6b/aa Pra 2002 S. 1127 ff., in Bestätigung von HGr. ZH 12. Juni 2001 [ZR 2002, S. 289 ff., Nr. 94]).

<sup>7</sup> Dazu: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 2635 ff.; REY, Rn 371; ROBERTO, Schadensrecht, S. 28 ff.

zuordnen lässt.<sup>8</sup> [12] Diese Einteilung bezweckt zunächst, Übersicht zu schaffen. Darüber hinaus ist sie auch rechtlich relevant, und dies in mindestens<sup>9</sup> zweifacher Hinsicht: (i) Bei der ausservertraglichen Haftung kann es sein, dass je nach Haftungsgrund, der konkret in Frage steht, etwa nur Personen- und Sachschaden zu ersetzen ist (so verhält es sich nach Art. 58 Abs. 1 SVG für die Halterhaftung), während für sonstigen Schaden ein anderer Haftungsgrund heranzuziehen ist.<sup>10</sup> (ii) Bei der Vertragshaftung ist die vereinbarte Freizeichnung nach Art. 100 Abs. 1 OR selbst für leichte Fahrlässigkeit sittenwidrig (Art. 20 OR), wenn es um die Haftung für einen Personenschaden geht.<sup>11</sup>

**2. Nach der Art der Vermögensbewegung.** Eine andere Einteilung ist jene nach der Art der Vermögensbewegung, die in der Zunahme der Verbindlichkeiten, der Abnahme der verfügbaren Mittel (*damnum emergens*) oder darin bestehen kann, dass als Folge des schädigenden Ereignisses ein Vermögenszuwachs ausbleibt (*lucrum cessans*). Je nach Fall lassen sich diese Vermögensbewegungen bei einem Personenschaden, einem Sachschaden und bei sonstigem Schaden verzeichnen. Etwa kann die Beschädigung einer Sache (Sachschaden) dazu führen, dass Reparaturkosten fällig werden (Zunahme der Passiven), die beschädigte Sache trotz Reparatur einen bleibenden Minderwert aufweist<sup>12</sup> (Abnahme der Aktiven) und überdies der Geschädigte, der ohne schädigendes Ereignis die Sache vermietet hätte, einen Mietzinsausfall<sup>13</sup> (entgangener Gewinn) erleidet.

---

<sup>8</sup> Die Gleichsetzung dieses sonstigen Schadens mit dem sogenannten „reinen Vermögensschaden“ ist zwar üblich (siehe neben BGE 118 II 176 E. 4a: BREHM, Berner Kommentar, Rn 39 zu Art. 41 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 2700; REY, Rn 329), aber ungenau. Der reine Vermögensschaden spielt seine Rolle, wenn es darum geht, den Gehalt der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR zu ermitteln, und wird dort von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie dem Schaden aus der Verletzung absoluter Rechtsgüter gegenübergestellt. Die absoluten Rechtsgüter, die diese Widerrechtlichkeitstheorie meint, sind nicht auf Leben, Leib und Eigentum beschränkt, sondern umfassen insbesondere auch die Persönlichkeitsrechte, die dem Urheber einer Schöpfung der Literatur und Kunst (Art. 2 Abs. 1 URG) zustehen (siehe dazu den in BGE 84 II 570 beurteilten Fall). Verletzungen der Persönlichkeit lassen sich nun offensichtlich nicht als Personen- oder Sachschaden ausgeben, weshalb die negativen Vermögensfolgen zum sonstigen Schaden gehören, ohne aber – unter dem Gesichtspunkt der deliktsrechtlichen Widerrechtlichkeit – gerade auch reiner Vermögensschaden zu sein.

<sup>9</sup> Bedeutsam ist die Unterscheidung etwa auch für den Deckungsumfang bei der Bauherren-Haftpflichtversicherung, die gewöhnlich nur Personen- und Sachschaden, nicht auch sonstigen Vermögensschaden erfasst. Zum Deckungsumfang siehe SCHWANDER, Versicherung des Bauherrn – Versicherung des Unternehmers, in: BRT 1981, S. 5 ff.

<sup>10</sup> Das Bundesgericht hat sich in einem der Kabelbruch-Fälle allerdings von der Meinung leiten lassen, Art. 58 Abs. 1 SVG regle die Ersatzpflicht des Halters abschliessend, so dass für eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR kein Raum bleibe (BGE 106 II 75). Diese Meinung ist jedoch kaum haltbar, da sie im Vergleich zur normalen Haftungslage nach Art. 41 Abs. 1 OR zu einer Schlechterstellung des Geschädigten in einem Bereich führt, in dem der Gesetzgeber ihn (durch die Kreation einer Gefährdungshaftung) gerade intensiver schützen wollte. Dazu die Urteilsbesprechung von KRAMER, „Reine Vermögensschäden“ als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: recht 1984, S. 128 ff.

<sup>11</sup> Vgl.: BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg, Zürich 1996, Rn 336 (mit Hinweisen); neuerdings SCHWENZER, Rn 24.14. Im deutschen Recht ist ein entsprechender Haftungsausschluss jedenfalls im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam (§ 309 Ziff. 7 BGB).

<sup>12</sup> Siehe Fn 5.

<sup>13</sup> Zum Mietausfallschaden nach deutschem Recht KAPPELLMANN, Der Schaden des Auftraggebers bei Verzug des Auftragnehmers mit der Fertigstellung des Mietobjektes, in: BauR 1997, S. 48 ff., mit Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH.

**3. Weitere Einteilungen.** Neben den Einteilungen nach der Art des verletzten Rechtsgutes und der Art der Vermögensbewegung lassen sich weitere Ordnungskriterien an den Schaden anlegen. Im Besonderen möchte ich von den folgenden reden:

- a. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden.** Bei dieser Unterscheidung geht es um die Kausalkette, die kürzer oder länger sein kann, je nachdem, wieviele Ereignisse sich zwischen das schädigende Ereignis und den Schaden schieben. „Grundsätzlich wird im schweizerischen Haftpflichtrecht ... nicht nur für den unmittelbaren, sondern auch für den mittelbaren Schaden gehaftet, sofern dieser noch als adäquat kausale Folge des schädigenden Ereignisses erscheint“ (BGE 118 II 176 E. 4c).<sup>14</sup> Für die einschlägige Vertragsklausel der SIA-Ordnung 102 (Ausgabe 1984!), welche die Architekten nur für „dommages directs“ (= unmittelbarer Schaden) einstehen liess (Art. 1.6 der Ordnung)<sup>15</sup>, hat das Bundesgericht es abgelehnt, darin eine Haftungsbeschränkung zu erblicken: Mit dieser Formulierung erinnere die Ordnung 102 lediglich daran, dass zwischen dem Fehlverhalten des Architekten und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen müsse (BGE 126 III 388 E. 9).
- b. Direktschaden und Drittschaden.** Ausservertragliche Ersatzansprüche kann nur geltend machen, wer die Widerrechtlichkeit der Schädigung beizubringen vermag (Direktschaden). Ein anderer, der zwar geschädigt, aber nicht widerrechtlich geschädigt wird, geht grundsätzlich leer aus und gilt dann als Dritter (Drittschaden)<sup>16</sup>. Nicht anders verhält es sich im Grundsatz für die Vertragshaftung, da dort nur ersatzberechtigt ist, wer in seinen eigenen Vertragsansprüchen verletzt wurde.<sup>17</sup> Anders liegt der Fall aber insbesondere dann, wenn der Vertrag (als echter Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112

---

<sup>14</sup> Eine spezielle Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und weiterem Schaden im Kaufrecht zu, wo Art. 208 OR für die Durchführung der Wandelung anordnet, dass der Verkäufer für unmittelbaren Schaden kausal (Abs. 2), für weiteren Schaden dagegen nur bei Verschulden einzustehen hat (Abs. 3). Strittig ist vor allem die Zuordnung des Mangelfolgeschadens (dazu etwa: GIGER, Berner Kommentar, Rn 35 zu Art. 208 OR, der ihn bei Abs. 2 ansiedelt; HONSELL, OR BT, S. 103, der ihn unter Abs. 3 kehrt; vermittelnd CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 101, nach dem der Verkäufer im Falle des Art. 208 Abs. 2 OR für *damnum emergens*, im Falle des Art. 208 Abs. 3 OR zusätzlich für entgangenen Gewinn haftet).

<sup>15</sup> Zu dieser Klausel: SCHUMACHER, Architektenrecht, Rn 555 ff.; HESS, Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Zürich 1986, Rn 25 zu Art. 1.6. In der Ausgabe 2001 der SIA-Ordnung 102 wird dieser Versuch, die Haftung des Architekten zu limitieren, nicht mehr unternommen (einschlägig ist neu Art. 1.9.11).

<sup>16</sup> Häufig wird der Drittschaden jedoch mit dem sogenannten *Reflexschaden* („dommage par ricochet“) gleichgesetzt (so in BGE 112 II 118 E. 5e; 112 II 220 E. 2a). In dieser Terminologie erleidet der Schockgeschädigte einen Direktschaden, obwohl ihn das schädigende Ereignis erst über die Verletzung eines anderen (in BGE 112 II 118 durch die Tötung zweier Söhne und die Verletzung der Ehefrau und eines weiteren Sohnes) erreicht hat. Nach meinem Verständnis ist zu unterscheiden: Beim Drittschaden geht es um die Widerrechtlichkeit, beim Reflexschaden um den Kausalzusammenhang. Siehe dazu GAUCH, Grundbegriffe, S. 227, unter Verweis auf OFTINGER/STARK, S. 93 f.

<sup>17</sup> Das mag man mit dem „Grundsatz der Relativität von Verträgen“ (BGE 123 III 204 E. 2f) erklären, der sich praktisch etwa in der Weise auswirkt, dass dem Bauherrn gegen den Subunternehmer keine vertraglichen Ansprüche zustehen. Dieser Grundsatz steht zur Disposition der Parteien, weshalb sie davon abweichen können. So etwa können Unternehmer und Subunternehmer ihren Werkvertrag so anlegen, dass er dem Bauherrn direkte Forderungsrechte gegen den Subunternehmer verschafft (Art. 112 Abs. 2 OR). Dazu SAXER, S. 169 ff.

Abs. 2 OR) dem Dritten ein direktes Forderungsrecht verschafft.<sup>18</sup> Hinzu kommen die Drittschadensliquidation und der Vertrag mit Drittschutzwirkung, die beide auf der Rechtsidee beruhen, dass der Ersatzbedarf des geschädigten Dritten nicht am Erfordernis der [14] Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR) scheitern soll.<sup>19</sup> Durchgesetzt haben sich diese beiden Figuren in der Schweiz indes bislang nicht.

- c. Mangelfolgeschaden und Nachbesserungskosten. Als Mangelfolgeschaden gilt der Vermögensschaden, der – durch einen Mangel gestiftet – „trotz Wandelung, Minderung oder tadelloser Nachbesserung noch verbleibt“<sup>20</sup>. Nachbesserungskosten demgegenüber sind die Kosten, die dem Unternehmer durch die Nachbesserung entstehen.<sup>21</sup> Die Unterscheidung ist deshalb bedeutsam, weil der Unternehmer den Mangelfolgeschaden nur bei Verschulden zu ersetzen hat, während die Nachbesserungskosten Bestandteil seiner Mängelhaftung und so ohne weiteres (das heisst kausal) von ihm zu tragen sind.<sup>22</sup>
- d. Voraussehbarer und nicht voraussehbarer Schaden. Die Unterscheidung zwischen voraussehbarem und nicht voraussehbarem Schaden wird in Art. 74 des UN-Kaufrechts getroffen. So soll die vertragsbrüchige Partei der anderen nur für den Schaden aufkommen müssen, den sie „bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen“. Wenn dies nicht überhaupt bloss eine Umschreibung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist, hat diese Haftungsbeschränkung in der schweizerischen Rechtspraxis keine Bedeutung (auch nicht in der Praxis zu Art. 43 OR)<sup>23</sup>, was die Vertragsparteien aber nicht daran hindern muss, im Rahmen des Zulässigen (Art. 100 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 2 OR) die Haftung für definierte Schäden zu beschränken.

---

<sup>18</sup> Ein Beispiel findet sich in BGE 83 II 277 E. 2: Verpflichtet sich der Besteller im Werkvertrag, für die Unfallversicherung der Arbeitnehmer des Unternehmers zu sorgen, kann ein geschädigter Arbeitnehmer direkt vom Besteller Schadenersatz verlangen, wenn der Besteller es versäumt hat, die vereinbarte Versicherung abzuschliessen.

<sup>19</sup> Nach WEBER, Berner Kommentar, Rn 285 zu Art. 97 OR, sind diese Rechtsfiguren „aus dem Bedürfnis entstanden ..., einem geschädigten Dritten ... einen Direktanspruch vertraglicher Natur gegen den Schadensverursacher einzuräumen ...“. Nach meinem Verständnis trifft dies nur unter dem Vorbehalt zu, dass die Drittschadensliquidation zunächst den Vertragsgläubiger in die Lage versetzt, von seinem Schuldner auch Ersatz für Drittschaden zu verlangen, und erst in zweiter Linie (nach erfolgter Zession) dieser Anspruch dem Dritten zusteht.

<sup>20</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn 1864.

<sup>21</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn 1718.

<sup>22</sup> Zur Frage, ob und inwieweit Folgeschäden von der Betriebs-Haftpflichtversicherung gedeckt werden, siehe FUHRER, S. 93 ff.

<sup>23</sup> Anders noch das OR 1881: „Der ersatzpflichtige Schuldner hat jedenfalls den Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte“ (Art. 116 Abs. 1 aOR). Für die Anwendung dieser Regel auch unter dem geltenden Recht BRUNNER, Rn 248 ff.



## 2. Von der Genugtuung

1. Vom materiellen (Vermögens-)Schaden, von dem bislang die Rede war, ist die **seelische Unbill**<sup>24</sup> zu unterscheiden, die nach Massgabe von Art. 49 (Grundnorm) und 47 OR<sup>25</sup> (Sondernorm für Tötung und Körperverletzung) durch Genugtuungsleistung wettzumachen ist. Nach der bundesgerichtlichen Zweckumschreibung ist die Genugtuung in erster Linie darauf angelegt, „beim Verletzten für die erlittene immaterielle Unbill bzw. das empfundene Unrecht [15] einen Ausgleich zu schaffen, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird“ (BGE 123 III 10 E. 4c/bb).

2. Zur Genugtuung ist mir hier an diesen weiteren, kurzen **Hinweisen** gelegen: (i) dass nicht nur ein Delikt, sondern auch eine Vertragsverletzung einen Anspruch auf Genugtuung auszulösen vermag (Art. 99 Abs. 3 OR)<sup>26</sup>, wenn die Voraussetzungen (namentlich eine hinreichend schwere Persönlichkeitsverletzung) gegeben sind<sup>27</sup>; (ii) dass nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen Genugtuung fordern können (BGE 95 II 481 E. 12b)<sup>28</sup>, obschon es schwerfällt, sich dort den tatbestandlich doch stets erforderlichen Seelenschmerz vorzustellen; und (iii) dass der Anspruch auf Genugtuung nur dann ein Verschulden voraussetzt, wenn im konkreten Fall auch Schadenersatz lediglich bei Verschulden zu leisten ist (BGE 123 III 204 E. 2e). Diese Parallelität wird allerdings durchbrochen, wenn Art. 1 Abs. 1 EHG eine Gefährdungshaftung für Personen- und Sachschäden errichtet, während nach Art. 8 EHG Genugtuung nur bei Verschulden zu leisten ist.<sup>29</sup>

## B Von den übrigen Haftungsvoraussetzungen

### 1. Vertrag, Delikt oder Vertrauen (die Anspruchsgrundlagen)

1. **Die drei Grundlagen.** Die Haftpflicht kann sich aus Vertragsverletzung, aus unerlaubter Handlung oder – noch immer ausserhalb vertraglicher Bindung – aus enttäuschem Vertrauen ergeben. Welche Entwicklungen die laufenden Arbeiten an der Revision des Haftpflichtrechts anschieben werden, bleibt abzuwarten. Zumindest die „Zweiteilung ausservertraglicher und vertraglicher Haftung“ soll dem Erläuternden Bericht zufolge beibehalten werden.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Nach der im Vorentwurf zu einem Haftpflichtgesetz verwendeten Terminologie handelt es sich hierbei um *immateriellen Schaden* (Art. 45e), der dem materiellen Schaden gegenübersteht und in der „ungewollten Verminderung des Wohlbefindens“ besteht (WIDMER/WESSNER, S. 86).

<sup>25</sup> Weitere genugtuungsrechtlich relevante Bestimmungen finden sich im ZGB und in Nebengesetzen, was nichts daran ändert, dass Art. 49 OR die Grundnorm ist.

<sup>26</sup> Namentlich BRUNNER, Rn 499.

<sup>27</sup> Umgekehrt ist zu merken, dass „die Nichterfüllung eines Vertrages durch die eine Partei ... für sich allein der andern noch keinen Genugtuungsanspruch zu verschaffen“ vermag (BGE 87 II 143 E. 5b).

<sup>28</sup> In diesem Urteil lehnte es das Bundesgericht allerdings ab, der Klägerin Genugtuung zuzusprechen, da es an der (altrechtlich noch) erforderlichen Schwere des Verschuldens fehlte.

<sup>29</sup> Ein weiterer Fall, in dem die Parallelität der Haftungsgründe durchbrochen wird, ist das Produktehaftpflichtgesetz, das die Herstellerin eines fehlerhaften Produktes nach seinem Art. 1 Abs. 1 lediglich für Personen- und für Sachschaden kausal eintreten lässt, um für die Genugtuung auf das Obligationenrecht zu verweisen (Art. 11 PrHG).

<sup>30</sup> Siehe WIDMER/WESSNER, S. 22.

- a. Die Vertragshaftung. Wer einen Vertrag verletzt, hat die Folgen zu tragen, wenn die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind. Grundnorm der Vertragshaftung ist Art. 97 Abs. 1 OR, der ein Verschulden will. Diese Grundnorm wirkt fort beim Mangelfolgeschaden (Art. 368 Abs. 2 OR), den der Unternehmer nur bei Verschulden zu ersetzen hat. Ausnahmsweise sind Vertragsverletzungen kausal zu vertreten, so namentlich bei der Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) und der Mängelhaftung (Art. 368 OR).
- b. Die ausservertragliche Haftung. Auf das ausservertragliche Haftpflichtrecht greift zu, wer mit dem Schädiger keinen Vertrag hat. So kann sich gewöhnlich<sup>31</sup> (und wenn überhaupt) [16] der Unternehmer beim Architekten, der Bauherr beim Subunternehmer, der Unternehmer beim Nebenunternehmer<sup>32</sup> nur auf dieser Grundlage schadlos halten. Das Recht der unerlaubten Handlungen besteht aus zahlreichen Bestimmungen, die sich teils im Obligationenrecht, teils in Nebengesetzen<sup>33</sup> finden. Am Eingang des Deliktsrechts aber steht Art. 41 Abs. 1 OR: „Wer einem andern widerrechtlich einen Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.“ Die Widerrechtlichkeit, von der in der Grundnorm die Rede ist, wird in der Schweiz überwiegend im Sinne der sogenannten *objektiven Widerrechtlichkeit* verstanden.<sup>34</sup> Dieses Verständnis ist jedoch weder unbestritten<sup>35</sup>, noch ist das Bundesgericht ihm seit jeher gefolgt. Nach einer älteren Auslegung der Widerrechtlichkeit, die sich etwa in BGE 82 II 25 E. 1<sup>36</sup> findet, galt auch die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes (in casu eine Körperverletzung) nur dann als widerrechtlich, wenn sie mit der Verletzung einer einschlägigen Schutznorm einherging. Will man der „Diskriminierung reiner Vermögensschaden“<sup>37</sup> entgegenwirken, hilft diese Erkenntnis allerdings nicht weiter. Vielmehr muss man hierfür die Widerrechtlichkeit anders fassen. Eine neuere Lehre<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> Möglich ist immer, dass im konkreten Fall anderweitige vertragliche Dispositionen getroffen wurden, etwa indem ein Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR) eingerichtet wurde.

<sup>32</sup> Dazu SCHERRER, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994, Rn 217.

<sup>33</sup> Praktisch sind die *Nebengesetze* (unter ihnen etwa das SVG, das EHG, das SprstG, das USG und das PrHG) mindestens ebenso wichtig wie die Anspruchsgrundlagen, die sich im Obligationenrecht finden (darunter namentlich die Geschäftsherren- und die Werkeigentümerhaftung).

<sup>34</sup> Seit längerem bedient sich das Bundesgericht der folgenden Umschreibung: Eine Schadenszufügung ist widerrechtlich im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR, „wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht)“ (BGE 115 II 15 E. 3a; aus jüngerer Zeit z.B. BGr. 28. Januar 2000 [4C.280/1999 sowie 4C.296/1999]).

<sup>35</sup> Vgl. aus der jüngeren Lehre etwa: SCHWENZER, 50.28 ff.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 343 ff.; kritisch auch GAUCH, Grundbegriffe, S. 232 f. Für die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie verwendet sich bekanntlich GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR: unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Diss. Freiburg, Entlebuch 1987.

<sup>36</sup> In diesem Urteil legte das Bundesgericht dar, dass es „ein schädigendes Verhalten dann als widerrechtlich ansieht, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen“.

<sup>37</sup> Siehe KRAMER, „Reine Vermögensschäden“ als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: recht 1984, S. 132; auch: GAUCH/SWEET, S. 136; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 366.

<sup>38</sup> Grundlegend WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung; S. 343 ff.; weiter auch: ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn 48 ff.; DERS., Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, in: AJP 1999, S. 517 ff.; SCHWENZER, Rn 50.04 und 50.28 ff.; WIDMER C., S. 110 ff.

operiert mit *Sorgfaltspflichten*, bei deren Verletzung jeglicher Vermögensschaden (also auch jener, der heute als reiner Vermögensschaden bezeichnet wird) auszugleichen ist. Dieser Ausweg mag gangbar sein, wobei aber noch immer zu eruieren ist, wie der Kranz der Sorgfaltspflichten sich zusammensetzt.<sup>39</sup>

- c. Vom Delikt in den Vertrag. Der Trend von der Delikts- zur Vertragshaftung ist evident und als rechtliches Phänomen längst bekannt. Die Ursache liegt zum einen in der Ersatzfähigkeit reinen Vermögensschadens, die als Folge der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nur im Bereich der Vertragshaftung ohne weiteres gegeben ist; zum anderen sind da die Modalitäten der Deliktshaftung, die gemeinhin als ungünstiger gelten als jene der Vertragshaftung<sup>40</sup>. Rechtsfiguren, die in diesem Trend liegen<sup>41</sup>, sind namentlich [17] die Drittschadensliquidation, der Vertrag mit Drittschutzwirkung, die Integritätsschutzpflichten und wohl auch die Vertrauenshaftung.
- Bei der *Drittschadensliquidation* soll der Vertragsgläubiger in gewissen Fällen nicht nur den eigenen, sondern auch den Schaden eines Dritten gegen seinen Schuldner durchsetzen können. Etwa stellt sich die Frage dann, wenn ein Bauherr von einem Subunternehmer unmittelbar geschädigt wird und sich weder beim Haupt- noch beim schädigenden Subunternehmer vertraglich schadlos halten kann.<sup>42</sup> Soweit ich sehe, hat diese Haftungskonzeption in der Schweiz praktisch bislang keine Bedeutung erlangt.<sup>43</sup> In einem jüngeren Urteil aus dem Kanton Zürich etwa steht nachzulesen, diese Rechtsidee sei dem Bauwesen weitgehend fremd, „und zwar gerade auch deswegen, weil das Baurecht durchaus Möglichkeiten kennt, den Drittschaden vertraglich zu regeln ... Es ist also nicht so, dass es im Bauwesen die Drittschadensliquidation braucht, um Unbilligkeiten abhelfen zu können“<sup>44</sup>.
  - Der *Vertrag mit Drittschutzwirkung* verschafft dem Dritten einen Direktanspruch gegen den Vertragsschuldner, wenn der Dritte mit der schuldnerischen Leistung in Berührung kommt und der Gläubiger – für den Schuldner erkennbar – dem Dritten Schutz anzudeihen hat.<sup>45</sup> Das Bundesgericht hat bislang offengelassen, ob „eine

<sup>39</sup> Zu den „Kriterien bei der Entwicklung von Sorgfaltspflichten“ insb. ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn 59 ff.

<sup>40</sup> Genannt werden hier jeweils die Unterschiede, die hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden (Art. 41 Abs. 1/97 Abs. 1 OR), der Hilfspersonenhaftung (Art. 55/101 OR) und der Verjährung (Art. 60/127 f. OR) bestehen. Zum Teil werden diese Unterschiede stark relativiert, so etwa von: WIDMER C., S. 105 ff.; WIDMER/WESSNER, S. 22.

<sup>41</sup> Siehe dazu GAUCH/SWEET, S. 125 f.

<sup>42</sup> Vgl. SAXER, S. 42.

<sup>43</sup> Bekannt ist das Gegenbeispiel in GVP SG 1978, Nr. 16, S. 46 ff. (SJZ 76, S. 194 f.); kritisch zu diesem Urteil GAUCH, Werkvertrag, Rn 170.

<sup>44</sup> Urteil des OGr. ZH vom 18. Juni 2001 (ZR 2002, Nr. 83 E. 2.4.6; auch in BR/DC 2002, S. 181 f., Nr. 427, mit Anm. AEPLI), bestätigt durch BGr. 2. Juli 2002 (4C.310/2001), wobei sich das Bundesgericht mit der Drittschadensliquidation nicht auseinandersetzt. Aus dem Urteil des Zürcher Obergerichts wird nicht restlos klar, ob dieses Gericht die Drittschadensliquidation generell verwirft. Zunächst prüft es eingehend, ob der Kläger als indirekter Stellvertreter der geschädigten Dritten gehandelt hat – was ihn offenbar zur Drittschadensliquidation berechtigen würde –, um dann aber diese Rechtsfigur „generell für den vorliegenden Fall“ abzulehnen.

<sup>45</sup> Diese Umschreibung des Tatbestandes habe ich aus BGE 117 II 315 E. 5c/bb Pra 82 S. 214 E. 5c/bb gezogen: „[Il faut] que le tiers soit appelé à ‚entrer en contact‘ avec la prestation du débiteur et que le créancier doive, de façon reconnaissable pour le débiteur, veiller à la sécurité du tiers“.

solche Rechtsfigur für das geltende Recht“ zu bejahen sei (zuletzt in BGr. 28. Januar 2000 [4C.280/1999] E. 3b).<sup>46</sup>

- Dazu kommt die Konstruktion vertraglicher *Integritätsschutzpflichten*, die den Parteien ohne jegliche Verankerung in ihrem Konsens überbunden werden. Die Verletzung dieser Pflichten löst unter Umständen einen vertraglichen Ersatzanspruch aus, so dass sich keine [18] Haftungsbeschränkung erhebt, wenn reiner Vermögensschaden in Frage steht.
- d. Die Vertrauenshaftung im Besonderen. Zwischen Vertrags- und Deliktshaftung tritt als selbständige, „dritte Haftungsspur“<sup>47</sup> die Vertrauenshaftung („responsabilité fondée sur la confiance“), die in der Lehre noch immer umstritten ist<sup>48</sup>, in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>49</sup> aber ihren Stamplatz gefunden hat<sup>50</sup>. Zu dieser eigenständigen Anspruchsgrundlage stiess das Gericht über eine Verallgemeinerung der eingeführten Culpa-Haftung vor, welche die Verletzung vorvertraglicher Treuepflichten sanktioniert (BGE 120 II 331 E. 5).
- Tatbestandliches Kernstück der Vertrauenshaftung ist (i) die *rechtliche Sonderverbindung*, von der das Bundesgericht schreibt, sie unterscheide „sich von der deliktsrechtlichen Konstellation des zufälligen und ungewollten Zusammenpralls beliebiger Personen dadurch, dass die Beteiligten – ausserhalb einer vertraglichen Bindung – rechtlich in besonderer Nähe zueinander stehen, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen ... Eine derartige Sonderverbindung entsteht ... aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person“. Weiter setzt der Tatbestand der Vertrauenshaftung (ii) ein Verhalten des Schädigers voraus, „das geeignet ist,

---

<sup>46</sup> Zuvor schon: BGE 121 III 310; 117 II 315 E. 5c. Aus der Lehre: SCHWENZER, Rn 87.05 (ablehnend); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 4048 (vermittelnd); KRAMER, Berner Kommentar, Allg. Einl. OR, Rn 145, und BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 484 f. (befürwortend); relativierend aber BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 112. Nach deutscher Rechtsprechung steht fest, dass einem Vertrag Drittschutzwirkung zukommen kann, vgl.: BGH 28. April 1994, in: BauR 1994, S. 621 ff. (Familienangehörige) und BGH 33, 247 vom 7. November 1960 (Arbeitnehmer), dies alles mit der Folge, dass den geschützten Dritten gegen den Schädiger Ersatzansprüche aus Vertrag zustehen.

<sup>47</sup> So die Formulierung von CANARIS, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: FS Larenz, München 1983, S. 85 ff., der dort eine „Haftung für ‚Schutzpflichtverletzungen‘ als ‚dritte Spur‘ zwischen Delikts- und Vertragshaftung“ postuliert.

<sup>48</sup> Befürwortend: BERGER, Zur Eigenhaftung beigezogener Bauexperten gegenüber geschädigten Nachbarn, in: Jusletter 15. Mai 2000; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 982m; KRAMER, Berner Kommentar, Allg. Einl. OR, Rn 132 ff.; WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 1996, S. 273 ff.; DERS., Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 2001, S. 79 ff.; DERS., La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Chappuis/Winiger (Hrsg.), Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 147 ff. Ablehnend: HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 Rn 22; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn 291 f.; SCHWENZER, Rn 52.03 f.; WIDMER C., S. 101 ff. Die Vertrauenshaftung aus Vertrag, die er von der (von ihm abgelehnten) „dritten Spur“ zwischen Vertrag und Delikt abgrenzt, meint SCHUMACHER, Vertrauenshaftung im Bauwerkvertrag, in: FS JAGENBURG, München 2002, S. 827 ff.; DERS., Vergütung, Rn 435 ff.

<sup>49</sup> Und dort vorab in der I. Zivilabteilung, die mit der Vertrauenshaftung eine Sonderverbindung unterhält.

<sup>50</sup> Ausgangspunkt dieser neueren Entwicklung ist bekanntlich der *Swissair-Entscheid* (BGE 120 III 331). Im *Ringer-Urteil* (BGE 121 III 350) wurde diese Rechtsprechung verfestigt und seither in verschiedenen Urteilen verdeutlicht (z.B. in: BGE 123 III 220 E. 4e; 128 III 324 E. 2.2).

hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken“ (BGE 128 III 324 E. 2.2; auch BGr. 26. September 2001 [4C.193/2000] E. 5), sowie (iii) Dispositionen des anderen, die sich alsdann als nachteilig erweisen (BGE 128 III 324 E. 2.2)<sup>51</sup>. Dazu kommt (iv) die Verantwortlichkeit aus eigenem Verschulden oder aus Hilfspersonenhaftung, ohne die auch die Vertrauenshaftung nicht auskommt. Sind alle Voraussetzungen erfüllt, greift die Rechtsfolge und hat der Schädiger dem anderen „für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen“ (BGr. 3. April 2001 [4C.107/2000] E. 3a).

- [19] Der Frage nach der *Rechtsnatur dieser Haftung* geht das Bundesgericht bekanntlich aus dem Weg<sup>52</sup>, wobei es aber von der Widerrechtlichkeit dispensiert, um an deren Stelle die Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens zu fordern. Im Übrigen begnügt sich das Bundesgericht damit, die Haftungsmodalitäten festzulegen. Die sind vornehmlich (oder gar ausschliesslich, wie nach BGr. 21. Juni 2002 [4C.82/2002] E. 2.5) vertraglicher Natur. Wie verhält es sich hinsichtlich der Frage, ob positives oder negatives Vertragsinteresse geschuldet sei? In einem Fall, in dem es um die Haftung für falsche Auskunft ging (BGE 124 III 363 E. 5b), hat sich das Bundesgericht für das *Erhaltungsinteresse*, also das negative Vertragsinteresse ausgesprochen.<sup>53</sup>

**2. Die Anspruchskonkurrenz.** Kommen im konkreten Fall verschiedene Anspruchsgrundlagen zusammen<sup>54</sup>, besorgt die Anspruchskonkurrenz deren Koordination in der Weise, dass der Geschädigten lediglich einfachen Ersatz erhält (also keine Kumulation). Zu beachten ist, dass die Anspruchskonkurrenz den verschiedenen Anspruchsgrundlagen ihre je eigenen Modalitäten belässt: So etwa verjähren Deliktsansprüche auch dann nach Massgabe des Art. 60 OR, wenn sich der angerichtete Schaden überdies auf eine Vertragsverletzung zurückführen lässt.

## 2. Ursache und Wirkung (der Kausalzusammenhang)

Schädigendes Verhalten – das Tun oder Unterlassen sein kann – und Schaden müssen zusammenhängen, und zwar **natürlich** (im Sinne einer „condicio sine qua non“) **und**

<sup>51</sup> Gleich zu behandeln ist der Fall, in dem die Vermögensdisposition im Vertrauen auf den Schädiger unterbleibt und sich in der Folge die Unterlassung als nachteilig erweist.

<sup>52</sup> Siehe BGr. 11. Juli 2000 (4C.100/2000) E. 4a: „Zur Frage, ob es sich [bei der Vertrauenshaftung einer Konzernmutter] ... um eine vertragliche oder eine deliktische Haftung handelt, hat das Bundesgericht bis jetzt nicht Stellung genommen.“ Deshalb spricht das Gericht von einer „rechtlichen Sonderverbindung“, deren Besonderheit darin besteht, dass sie nicht mehr Delikt und noch nicht Vertrag ist: Einerseits geht es nicht mehr bloss um einen „zufälligen und ungewollten Zusammenprall beliebiger Personen“ (Delikt, nach BGE 128 III 324 E. 2.2), andererseits fehlt es an der „übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung“ (Vertrag, nach Art. 1 Abs. 1 OR).

<sup>53</sup> So (für den Fall der Konzernhaftung) ausdrücklich KUZMIC, Haftung aus „Konzernvertrauen“, Diss. Zürich 1998, S. 221.

<sup>54</sup> Etwa durfte ein Freileitungsmonteur, dessen Steiggurt im Einsatz riss, sowohl vertraglich als auch ausservertraglich gegen die Werkstätte vorgehen, die den Steiggurt mangelhaft repariert hatte, was ihm deshalb gelegen kam, weil er seinen werkvertraglichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 367 OR) nicht nachgekommen war (BGE 64 II 254).

**adäquat.**<sup>55</sup> Als adäquat und damit als rechtserheblich gilt eine natürliche Ursache dann, wenn sie nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge<sup>56</sup> (also aus objektiver Warte) geeignet ist, die tatsächlich eingetretenen Schadensfolgen zu zeitigen (z.B. BGE 123 III 110 E. 3a). *Bejaht* wurde die Adäquanz beispielsweise im bekannten Fall Zeuzier, in dem als Folge eines Stollenvortriebs die Ufer eines darüberliegenden Stausees um wenige Zentimeter zusammenrückten, worauf sich in der Staumauer Risse bildeten (BGE 119 Ib 334 [20] E. 5b)<sup>57</sup>; *verneint* hingegen für den Zusammenhang zwischen dem Laufenlassen des Motors eines ordnungsgemäss gesicherten Baggers und dem Schaden, den ein unbefugter Dritter durch fehlerhaftes Hantieren mit dem Bagger verursachte (BGE 98 II 288 E. 3).

### 3. Verschuldens- oder Kausalhaftung (die Haftungsgründe)

1. Vertrags-, Delikts-, aber auch die jüngere Vertrauenshaftung kommen ohne Haftungsgrund, der die **Verantwortung** für einen gesetzten Schaden begründet, nicht aus. An Haftungsgründen stehen nach üblicher Einteilung die Verschuldenshaftung, die einfache (milde) Kausalhaftung und die Gefährdungshaftung zur Verfügung.

2. **Die Verschuldenshaftung.** Beim Verschulden, das angesichts weit ausgreifender Kausalhaftungen kaum mehr als klassischer Haftungsgrund gelten kann, steht als Verschuldensform die Fahrlässigkeit im Vordergrund. Und hier gehört es zu den juristischen Gemeinplätzen, dass das Zivilrecht – anders als das Strafrecht (Art. 18 Abs. 3 StGB) – mit einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff operiert<sup>58</sup>, so dass das Wort von der „Verschuldenshaftung ohne Verschulden“<sup>59</sup> die Runde macht.

3. **Die einfache Kausalhaftung.** Mit diesem Begriff werden verschiedene Haftungen eingefangen, die zwar gewisse Gemeinsamkeiten aufweisen, sich aber in den Einzelheiten – vorab hinsichtlich der Entlastungsmöglichkeiten – teils deutlich voneinander unterscheiden. Der einfachen Kausalhaftung werden insbesondere die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)<sup>60</sup>, die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), die Haftpflicht für fehlerhafte Bauprodukte

<sup>55</sup> Zuweilen spricht das Bundesgericht vom *normativen* Kausalzusammenhang (z.B. in einem Urteil vom 28. Januar 2000 [4C.280/1999]). Gemeint ist damit der Zusammenhang zwischen einer Unterlassung und einem Schaden.

<sup>56</sup> Wozu diese Verdoppelung dient, ist allerdings nicht klar, wenn ich mir vor Augen führe, dass wohl die Lebenserfahrung stets dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht und umgekehrt. Doch ist sie fester Bestandteil der traditionellen Formel, von der ich hier nicht abgehen will.

<sup>57</sup> Selbst wenn eine Ursache „des conséquences extraordinaires“ nach sich zieht, vermag das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang zu bejahen (siehe schon BGE 87 II 117 E. 6c), solange solche Folgen zwar dem Laien, nicht aber Fachleuten als singulär erscheinen (siehe BGE 119 Ib 334 E. 5b).

<sup>58</sup> Im Gegensatz dazu das Strafrecht: „pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und *nach seinen persönlichen Verhältnissen* verpflichtet ist“ (Art. 18 Abs. 3 zweiter Satz StGB). Nach den Vorstellungen, die dem Entwurf eines neuen Haftpflichtgesetzes zugrundeliegen, soll die Fahrlässigkeit inskünftig auch im Zivilrecht subjektiv verstanden werden (WIDMER/WESSNER, S. 119 ff.).

<sup>59</sup> Siehe z.B. GAUCH, Grundbegriffe, S. 235. WIDMER/WESSNER sprechen in diesem Zusammenhang von einer Denaturierung der Verschuldenshaftung, um in Reaktion darauf eine stärkere Subjektivierung der Fahrlässigkeit zu postulieren (S. 119 f.).

<sup>60</sup> Zu beachten ist jedoch, dass nach bundesgerichtlicher Praxis der Entlastungsbeweis faktisch ausscheidet, weshalb die (übliche) Zuordnung von Art. 55 OR zu den einfachen Kausalhaftungen eigentlich fragwürdig

nach PrHG<sup>61</sup>, die Haftung des Grundeigentümers für Grabungen und Bauten (Art. 685/679 ZGB), aber auch die vertragliche Mängelhaftung des Unternehmers (Art. 368 OR) zugerechnet.

**4. Die Gefährdungshaftung.** Die Haftung aus Betriebsgefahr kommt ohne Verschulden aus und ist damit eine Kausalhaftung. Da kein Entlastungsbeweis offen steht, ist sie scharfe [21] Kausalhaftung. Haftungsgrund ist die Ausübung einer qualifiziert gefährlichen Tätigkeit, weshalb die Haftung Gefährdungshaftung heisst.

a. Nach geltendem Recht beruht die Gefährdungshaftung auf Spezialgesetzen, die sich zunächst ihrem Alter nach, vor allem aber inhaltlich teils erheblich voneinander unterscheiden. Zur Illustration reichen die folgenden Beispiele:

- Das *Eisenbahnpflichtgesetz* (EHG) datiert vom 28. März 1905 und begründet (unter anderem) eine scharfe Kausalhaftung von Eisenbahnunternehmungen für Personenschäden, die „beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn“ entstehen (Art. 1 Abs. 1 EHG). Anders für Sachschäden: Hier greift die Gefährdungshaftung lediglich dann, wenn die geschädigte Person („der Betroffene“) gleichzeitig einen Körperschaden erlitten hat (siehe Art. 11 EHG). Für andere Sachschäden gilt Verschuldenshaftung (Art. 11 Abs. 2 EHG).
- Das *Strassenverkehrsgesetz* (SVG) vom 19. Dezember 1958 lässt den Halter<sup>62</sup> scharf kausal für den Personen- und den Sachschaden (Art. 58 Abs. 1 SVG) haften, der durch den Betrieb von Motorfahrzeugen, zu denen ohne weiteres auch selbstfahrende Baumaschinen gehören<sup>63</sup>, verursacht wird.
- Das *Umweltschutzgesetz* (USG) vom 7. Oktober 1983 begründet die Gefährdungshaftung des „Inhabers eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist“, wobei aber der „eigentliche Umweltschaden“<sup>64</sup> von dieser Haftung ausgenommen ist (Art. 59a Abs. 1 USG).

---

ist. Einschlägig sind: BGE 110 II 456 (Schachtrahmenfall); Urteil vom 14. Mai 1985, in: JdT 1986, S. 571 ff. (Klappstuhlfall).

<sup>61</sup> Die Kausalhaftung für die Schadensfolgen eines fehlerhaften Produktes trifft in erster Linie den Hersteller, kann aber auch denjenigen erfassen, der das Produkt lediglich geliefert hat (Art. 2 Abs. 2 PrHG), und somit auch den Baustofflieferanten. Dies gilt zunächst für den Normalfall, da der Unternehmer den Baustoff liefert (Art. 364 Abs. 3 OR). Doch kann diese Haftung auch den Bauherrn, der die Stofflieferung übernommen hat, erfassen.

<sup>62</sup> Die Haltereigenschaft setzt nicht Eigentum am Motorfahrzeug voraus. Ein *Arbeitnehmer*, dem die Arbeitgeberin ein Geschäftsauto überlässt, wird zum Halter, wenn er im Wesentlichen frei über das Fahrzeug verfügen und es nach Belieben auch für private Fahrten verwenden kann. Dass die Arbeitgeberin ganz oder teilweise für die Kosten aufkommt, ändert daran nichts (BGr. 5. November 2002 [4C.321/2001]).

<sup>63</sup> Art. 7 Abs. 1 SVG: „Motorfahrzeug im Sinne dieses Gesetzes ist jedes Fahrzeug mit eigenem Antrieb, durch den es auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird.“ Dass sich die Haftung für Unfälle mit Motorfahrzeugen auch dann nach dem SVG richtet, wenn der Unfall sich auf einer abgeschlossenen Baustelle ereignet, ergibt sich aus Art. 1 SVG, der den Geltungsbereich des Gesetzes wie folgt umreisst: „Dieses Gesetz ordnet den Verkehr auf den öffentlichen Strassen sowie *die Haftung und die Versicherung für Schäden, die durch Motorfahrzeuge* oder Fahrräder verursacht werden“ (Hervorhebung beigefügt).

<sup>64</sup> Darunter fallen Schäden „an der Umwelt oder ihren Bestandteilen, die keine individuellen Vermögensinteressen beeinträchtigen“ (so TRÜEB, Kommentar USG, Rn 69 zu Art. 59a USG).

- Das *Sprengstoffgesetz* (SprstG) vom 25. März 1977 kennt keine Beschränkung auf Personen- und Sachschäden, sondern ordnet schlicht eine Haftung<sup>65</sup> für den Schaden an, der durch die Explosion von Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen verursacht wird (Art. 27 Abs. 1 SprstG).

Diese und weitere, teils historisch bedingte Regelungsdifferenzen ergeben eine inkohärente Haftungsordnung, der es an übergreifenden Wertungen offensichtlich fehlt.

- b. Der aktuelle Vorentwurf zu einem Haftpflichtgesetz erfasst die Gefährdungshaftung mit einer *Generalklausel*, die er bei den allgemeinen Bestimmungen einordnet: „Wird [22] Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt“ (Art. 50 Abs. 1 VE HPG).<sup>66</sup>

## C Von der Ersatzpflicht (die Rechtsfolge)

Sind die Haftungsvoraussetzungen erfüllt, tritt die Rechtsfolge ein: Der Schädiger hat dem Geschädigten den entstandenen Schaden zu ersetzen, und zwar – nach dem Prinzip des vollen Schadensausgleichs (BGE 127 III 73 E. 5c/cc) – grundsätzlich total.<sup>67</sup> Dazu kommt die Pflicht, unter Umständen Genugtuung zu leisten. Schadensberechnung und Bestimmung des Ersatzes richten sich nach den allgemeinen Regeln (vor allem nach Art. 42 – 44 OR), denen diese Rolle sowohl für das ausservertragliche als auch für das vertragliche Haftungsrecht zusteht (Art. 99 Abs. 3 OR). Auf vier Einzelfragen will ich näher eingehen.

### 1. Der Beweis des Bauschadens

1. Nach allgemeiner Vorschrift liegt die **Beweislast** für den Schaden beim Geschädigten (Art. 42 Abs. 1 OR; Art. 8 ZGB). Somit haben: der Bauherr seinen Mangelfolgeschaden und seine seelische Unbill, der Unternehmer seinen Verspätungsschaden, die Planerin ihren Wettbewerbsschaden nachzuweisen. Die rechtliche Bedeutung der Beweislast liegt darin, dass der Richter „bei nicht bewiesenen Sachbehauptungen gegen die beweispflichtige Partei zu entscheiden, diese also die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat“ (BGE 107 II 269 E. 2b). Gegenstandslos wird die Beweislastverteilung, wenn der Richter „aufgrund eines Beweisverfahrens zum Ergebnis gelangt ist, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien bewiesen oder widerlegt“ (BGE 118 II 142 E. 3a). Dies bedeutet vor allem, dass Rügen an der Beweislastverteilung im Berufungsverfahren vor Bundesgericht ungehört verhallen.

2. Dem Geschädigten wird die **Beweisführung** in verschiedener Hinsicht **erleichtert**. Hierher gehören namentlich die Schätzung des Schadens durch den Richter und die tatsächliche Vermutung.

---

<sup>65</sup> Haftbar ist der *Inhaber* des Betriebs oder der Anlage, in denen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände hergestellt, gelagert oder verwendet werden (Art. 27 Abs. 1 SprstG).

<sup>66</sup> Siehe: WIDMER/WESSNER, S. 137 ff.; HONSELL, Die Reform der Gefährdungshaftung, in: ZSR 1997, S. 297 ff.; KOCH/KOZIOL, Generalklausel für die Gefährdungshaftung, in: HAVE 2002, S. 368 ff.

<sup>67</sup> Zum Schadenersatz gehört der *Schadenszins*, der im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses fällig wird.



- a. Ist der *Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar*, hat der Richter den Schaden „mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen“ (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese Regel bezieht sich nach ständiger Rechtsprechung nicht bloss auf die Schadenshöhe, sondern schon auf den Fall, „dass sich der Eintritt eines Schadens nicht strikte nachweisen lässt“ (Pra 2001 S. 698 E. 2a [4C.439/1998])<sup>68</sup>. Allerdings entbindet diese Beweiserleichterung den Geschädigten nicht davon, „alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen ... Die Zusprechung von Schadenersatz setzt voraus, dass der Eintritt des geltend [23] gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint“ (BGE 122 III 219 E. 3a).
- b. Bei der *tatsächlichen Vermutung* schliesst das Gericht gestützt auf die Lebenserfahrung aus bewiesenen Tatsachen auf unbewiesene<sup>69</sup>, wobei dem Geschädigten aber das Risiko der Beweislosigkeit verbleibt (BGE 123 III 241 E. 3). Eine tatsächliche Vermutung geht etwa dahin, dass der Minderwert eines mangelhaften Werkes den Kosten der Mängelbehebung entspreche (BGE 116 II 305 E. 4a).<sup>70</sup> Anders liegt es, wenn der Bauherr beim ungenauen Kostenvoranschlag nachzuweisen hat, inwieweit er sich bei korrekter Kosteninformation anders verhalten hätte: Seine (hypothetische) Entscheidung hängt in hohem Mass von individuellen Verhältnissen ab, sodass sich meiner Einschätzung nach eine tatsächliche Vermutung nur schwerlich begründen lässt<sup>71</sup>.
3. Eine wirksame Beweisführung kann im konkreten Fall voraussetzen, dass die Schadensursache sachverständig ermittelt wird. Was die **Kosten einer Privatexpertise** anbelangt, hat zunächst jene Partei sie zu tragen, welche die Expertise veranlasst hat. Unter Umständen lassen sich diese Kosten alsdann zum Schaden schlagen. So im Fall, da ein Bauherr einen Sachverständigen heranzieht, um Mängeln des Bauwerkes nachgehen zu können. War der Beizug des Experten gerechtfertigt, kann er die notwendigen Expertisekosten als Mangelfolgeschaden gegen den Unternehmer geltend machen (siehe BGE 126 III 388 E. 10b).<sup>72</sup>

## 2. Die Vorteilsanrechnung

**1. Grundsatz.** Im Rahmen der Schadensberechnung hat sich der Geschädigte Vermögensvorteile, die mit dem schädigenden Ereignis zusammenhängen, nach anerkanntem Grundsatz an den Ersatzanspruch anrechnen zu lassen (BGE 128 III 22 E. 2e/cc Pra 2002 S. 431 E. 2e/cc). Dieser Grundsatz ist ein Ausfluss des Bereicherungsverbots, das über das ganze

<sup>68</sup> Zur *abstrakten Schadensberechnung* siehe z.B.: BRUNNER, Rn 159 ff.; OTT/TENCHIO-KUZMIC, Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht, in: ZSR 1998, S. 183 f.

<sup>69</sup> Siehe VOGEL/SPÜHLER, S. 263 f.

<sup>70</sup> Auszugsweise publiziert in: BR/DC 1991, S. 43; siehe auch BGE 111 II 162 E. 3c (BR/DC 1986, S. 64, Nr. 88); GAUCH, Werkvertrag, Rn 1677 und 1684.

<sup>71</sup> So der deutsche BGH in einem Urteil vom 23. Januar 1997, in: BauR 1997, S. 497. Anderer Ansicht FELLMANN, S. 236.

<sup>72</sup> Siehe: GAUCH, Werkvertrag, Rn 1523 ff.; HÜRLIMANN, Experte, S. 149 ff. Zur Ersatzfähigkeit von Anwaltskosten vgl.: GAUCH, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, in: recht 1994, S. 189 ff.; STEIN, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, in: ZSR 1987, S. 635 ff.

Schadensrecht (auch im Bereich der Vertragsschäden) herrscht (BGE 71 II 86 E. 4; BGr. 20. Juli 2001 [5C.7/2001]). Allerdings ist nicht jeglicher Nutzen anzurechnen. So hat sich der Eigentümer eines Baumes, der von einem Automobilisten gerammt wird und in der Folge ersetzt werden muss (Sachschaden), die im Vergleich zum geschädigten Baum höhere Lebenserwartung des jüngeren Ersatzbaumes nicht entgegenhalten zu lassen, wenn sich dieser Vorteil und „der allfällige Nachteil wegen noch nicht erreichter Reife ungefähr die Waage halten“ (BGE 127 III 73 E. 5f).<sup>73</sup>

**2. Ein Anwendungsfall** der Vorteilsanrechnung findet sich bei der Haftung des Architekten, der seinem Bauherrn einen ungenauen Kostenvoranschlag abliefern. Kommt die Baute teurer zu stehen als vom Architekten geschätzt, erleidet der Bauherr unter Umständen einen [24] Vertrauensschaden, den der Architekt ihm zu ersetzen hat. Doch hat sich der Bauherr einen allfälligen Mehrwert, den ihm die teurere Baute einbringt, als Vorteil anrechnen zu lassen<sup>74</sup>, wenn auch nur im Umfang des subjektiven Mehrwerts (Art. 672 Abs. 3 ZGB, analog).<sup>75</sup>

### 3. Die Art des Ersatzes

**1.** Steht der Schaden fest, ist noch immer über die Haftungsquote und die Art des Ersatzes zu entscheiden. Praktisch ganz im Vordergrund steht zwar der **Geldersatz**. Doch kann der Richter, dem dieser Entscheid obliegt (Art. 43 Abs. 1 OR)<sup>76</sup>, je nach den konkreten Umständen auch **Naturalersatz** anordnen.<sup>77</sup> So ist das Bundesgericht verfahren, als es den Kanton Obwalden, der einem Grundeigentümer aus Art. 58 OR für die Folgen einer Überschwemmung einzustehen hatte, verpflichtete, das verwüstete Grundstück selber zu räumen und in Stand zu stellen (BGE 100 II 134 E. 6b).<sup>78</sup> Denkbar ist weiter, dass ein Baumeister den Sachschaden, den er auf dem Grundstück des Bauherrn angerichtet hat, auf eigene Kosten behebt. Auch dies ist Realersatz, der die Ersatzforderung des geschädigten Bauherrn tilgt. Möglich ist schliesslich, dass Real- und Geldersatz kombiniert werden, indem der Schädiger den einen Teilschaden real beseitigt und den anderen (z.B. erlittenen Gewinnentgang) mit Geld ersetzt.

**2.** Realersatz hat zwar den praktischen **Vorteil**, dass sich die Berechnung des Schadens in Geld erübrigt (so BGE 107 II 134 E. 4), sofern der ganze Schaden in dieser Art ausgeglichen wird. Gleichzeitig hat er den nicht minder praktischen **Nachteil**, dass eine

<sup>73</sup> Beim geramnten Baum handelte es sich um eine Esche.

<sup>74</sup> „Art. 42 Abs. 2 OR ist sinngemäss anwendbar, wenn die Höhe eines anzurechnenden Vorteils zu ermitteln ist“ (BGE 128 III 22 E. 2d/cc Pra 2002 S. 431 E. 2d/cc).

<sup>75</sup> Siehe GAUCH, Kostenvoranschlag, S. 85.

<sup>76</sup> In seinem *Beretta-Urteil* hat sich das Bundesgericht zur Auffassung bekannt, nach der die Wahl des Geschädigten zwischen Rente und Kapital zumindest im Regelfall zu achten ist (BGE 125 III 312 E. 6c).

<sup>77</sup> Im deutschen Recht ist der Realersatz offenbar primäre Ersatzform, indem § 249 Abs. 1 BGB bestimmt: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ *Praktisch* soll es sich allerdings gerade umgekehrt (und damit gleich wie in der Schweiz) verhalten. So: LANGE, S.212; ROBERTO, Schadensrecht, S. 136.

<sup>78</sup> Weitere Fälle, in denen Realersatz zugesprochen wurde: BGE 110 II 183 E. 3 Pra 73 S. 490 E. 3 (Goldbarren); 99 II 176 E. 3 (Aktien); 80 II 378 E. 9 (Wasser); 41 II 77 E. 8 (Aktien). Siehe auch BGE 111 II 24 E. 2b.

verschuldenstarierte Bemessung des Ersatzes kaum möglich ist.<sup>79</sup> Zudem kann es im konkreten Fall sein, dass dem Geschädigten Realersatz durch den Schädiger nicht zumutbar ist, so dass dann nur Geldersatz übrigbleibt.

## II. Bautypische Schadensfälle

[25] Aus der grossen Zahl denkbarer Schadensfälle, die für das Bauen und sein Umfeld typisch sind, hatte ich eine Auswahl zu treffen, bei der ich mich zum Teil an der Praxis des Bundesgerichtes orientierte. Zunächst befasse ich mich mit einigen Fällen, in denen der Bauherr als Geschädigter auftritt (A – C), um mit dem Mitwirkungsschaden des Unternehmers (D) und dem Wettbewerbsschaden der Planerin (E) fortzufahren. Schliessen werde ich mit dem klassischen Fall, da ein Nachbar durch Grabungen und Bauten geschädigt wird (F).

### A Der Vertrauensschaden des Bauherrn

1. In der Praxis spielt die **Haftung für ungenaue Kosteninformation** eine wichtige Rolle, weshalb ich mit ihr beginne. Typischerweise trifft sie den Architekten, kann aber im konkreten Fall auch einen anderen Planer (insbesondere einen Ingenieur) erfassen, der sich vertraglich zur Schätzung der mutmasslichen Baukosten verpflichtet hat.

Fall 1: Im Auftrag eines Bauherrn ermittelt ein Architekt die Kosten eines künftigen Bauvorhabens. Über die Genauigkeit dieses Kostenvoranschlages wird nichts vereinbart. Tatsächlich kommen die ausgeführten Bauleistungen teurer zu stehen als geschätzt, wobei sich die Differenz nur zum Teil auf eine Beststellungsänderung, die der Bauherr vorgenommen hat, zurückführen lässt.

a. Zur Anspruchsgrundlage. Der Architekt, der dem Bauherrn Auskunft über die zu erwartenden Baukosten erteilt, haftet nach Massgabe von Art. 398 Abs. 2 OR<sup>80</sup>/Art. 97 Abs. 1 OR für die Genauigkeit seines Kostenvoranschlages. Kommen die Kosten der ausgeführten Bauleistungen, die dem Voranschlag zugrunde lagen, höher zu stehen als der toleranzbereinigte<sup>81</sup> Voranschlag<sup>82</sup>, hat der Architekt seinen Vertrag<sup>83</sup> schlecht erfüllt und haftet bei Verschulden für den Schaden, den der Bauherr als Folge des ungenauen Kostenvoranschlages erlitten hat.

<sup>79</sup> OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I., S. 102.

<sup>80</sup> Diese auftragsrechtliche Vorschrift kommt unter der Annahme zur Anwendung, dass der konkrete Architektenvertrag als Auftrag (Art. 394 ff. OR) qualifiziert wird.

<sup>81</sup> Auf die Toleranzmarge kann sich der Architekt nur dann berufen, wenn er den Bauherrn über die inhärente Ungenauigkeit des Kostenvoranschlages aufgeklärt hat. So SCHUMACHER, Architektenrecht, Rn 768.

<sup>82</sup> Der in der Schweiz gebräuchlichen Faustregel zufolge beträgt die Toleranzmarge 10% der veranschlagten Baukosten, was auch die einschlägigen SIA Ordnungen (Ausgaben 2001) zum Ausdruck bringen (Art. 4.23 SIA-Ordnung 102 und Art. 4.1.32 SIA-Ordnung 103; siehe auch Ziff. 7 des SIA-Vertrages für Architekturleistungen Nr. 1002/2001). Doch weder passt diese Faustregel auf jeden Fall, noch ist es den Parteien verwehrt, eine andere Marge zu vereinbaren. Ausführlich dazu: GAUCH, Kostenvoranschlag, S. 83 f.; neuerdings FELLMANN, S. 230 ff.

<sup>83</sup> Zur Qualifikation des Architektenvertrages, die auf den Vertrag des Ingenieurs sinngemäss anwendbar ist, siehe jüngst BGE 127 III 543 E. 2a (siehe die Zusammenfassung im vorliegenden Tagungsband), wonach je nach Vertragsinhalt *Werkvertrag*, *Auftrag* oder ein *gemischter Vertrag* in Frage kommen.

- b. Zum Vertrauensschaden. Vorab: Der Schaden, den der Architekt zu ersetzen hat, besteht *nicht* (ohne weiteres) in der Differenz zwischen den geschätzten Kosten und den Kosten der ausgeführten Bauleistungen<sup>84</sup> (Kostendelta). Vielmehr hat der Architekt – nach einer [26] vor allem von GAUCH<sup>85</sup> begründeten Lehrmeinung – für den *Vertrauensschaden* des Bauherrn aufzukommen.<sup>86</sup> Dieser Konzeption zufolge hat der haftbare Architekt den Schaden zu ersetzen, „den der Bauherr erleidet, weil dieser (fälschlicherweise) auf die Genauigkeit des Voranschlages (die Richtigkeit der Prognose) vertraut und im falschen Vertrauen darauf seine Dispositionen getroffen hat“<sup>87</sup>. Somit kommt es darauf an, *welche Alternativ-Dispositionen* der Bauherr (mutmasslich) getroffen hätte, wäre er vom Architekten über die effektiven Erstellungskosten zutreffend informiert worden. In den folgenden Fällen geht es um dieses „hypothetische Alternativverhalten“<sup>88</sup>: (i) Möglich ist zunächst, dass der Bauherr die Baute gleichwohl und ohne Abstriche hätte errichten lassen, was der Architekt zu beweisen hat. Dann hat er gar keinen Vertrauensschaden erlitten, da es am Kausalzusammenhang zwischen der ungenauen Kosteninformation und dem Anlageverhalten fehlt. (ii) Möglich ist weiter, dass der Bauherr eine Redimensionierung des Bauprojektes veranlasst hätte (Beweislast beim Bauherrn). Sodann liegt sein Vertrauensschaden in der Differenz zwischen seinem gegenwärtigen und jenem (besseren) Vermögensstand, den er mit einer alternativen Disposition erzielt hätte. Bei der Ermittlung seines gegenwärtigen Vermögensstandes hat sich der Bauherr den allfälligen Mehrwert anrechnen zu lassen (Vorteilsanrechnung), wenn auch nur im Umfang des subjektiven Nutzens<sup>89</sup>, den er daraus zieht (Art. 672 Abs. 3 ZGB, analog). (iii) Möglich ist schliesslich auch, dass der Bauherr nachweist, dass er auf das Bauprojekt überhaupt verzichtet hätte. In diesem Fall entspricht der Vertrauensschaden des Bauherrn gerade den Mehrkosten, um die der Kostenvoranschlag (toleranzbereinigt) überschritten worden ist.<sup>90</sup>
- c. Zwei Abgrenzungen sind in diesem Zusammenhang vorzunehmen: (i) Von der Haftung für den ungenauen Kostenvoranschlag ist der Fall zu unterscheiden, in dem der (ausreichend genaue) Kostenvoranschlag überschritten wird, weil dem Architekten ein

---

<sup>84</sup> Gemeint sind die Bauleistungen, die dem Kostenvoranschlag zugrunde lagen. Mehrkosten gegenüber dem Kostenvoranschlag, die der Bauherr zu vertreten hat, führen zwar zu einer Überschreitung des Kostenvoranschlages, ohne aber die Haftung des Architekten für seinen Kostenvoranschlag auszulösen.

<sup>85</sup> Siehe GAUCH, Kostenvoranschlag, S. 79 ff.; DERS., Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, in: FS Heiermann, Wiesbaden/Berlin 1995, S.79 ff. Zu dieser Haftungsfrage weiter auch (Auswahl): FELLMANN, S. 211 ff.; LÜCHINGER, Rn 887 ff.; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformationen, in: recht 1994, S. 126 ff.; DERS., Architektenrecht, Rn 762 ff.

<sup>86</sup> Das Bundesgericht hat sich in BGE 119 II 249 zwar zur Lehrmeinung GAUCHS bekannt und die Haftung des fehlbaren Architekten auf den Vertrauensschaden limitiert (ausführlich zu diesem Leiturteil: GAUCH, in: BR/DC 1994, S. 49; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformationen, in: recht 1994, S. 126 ff.). Allerdings wurde der Vertrauensschaden dort augenscheinlich mit der Differenz zwischen den effektiven Erstellungskosten und dem subjektiven Mehrwert gleichgesetzt. Richtigerweise aber ist vor dieser – auf den subjektiven Nutzen beschränkten – *Vorteilsanrechnung* zunächst zu ermitteln, ob der Bauherr überhaupt einen Vertrauensschaden erlitten hat, was in BGE 122 III 61 E. 2c/aa erneut übersehen wurde (so schon SCHUMACHER, in: BR/DC 1996, S.115 f., Nr. 236).

<sup>87</sup> GAUCH, Kostenvoranschlag, S. 81; im Anschluss daran BGE 119 II 249 E. 3b/aa.

<sup>88</sup> SCHUMACHER, Architektenrecht, Rn 767 ff.

<sup>89</sup> SCHUMACHER, Architektenrecht, Rn 779 ff.

<sup>90</sup> FELLMANN, S. 235.

Planungsfehler unterlaufen ist und dieser Fehler in der Folge zu Zusatzkosten führt. Diesen Schaden hat der Architekt dem Bauherrn zu ersetzen, ohne dass sich die Frage der Vorteilsanrechnung überhaupt stellen würde. Denn Mehrkosten dieser Art schaffen keinen objektiven Mehrwert, der sich dem Bauherrn entgegenhalten liesse.<sup>91</sup> (ii) Vom ungenauen Kostenvoranschlag zu unterscheiden ist der Fall, da sich die Kostenangabe des Architekten auf eigene Projektierungsleistungen bezieht. Die rechtliche Bedeutung dieser Information lässt sich nur im konkreten Fall erschliessen. Unter Umständen wird damit die [27] Höhe der Vergütung festgelegt oder ein ungefährender Ansatz im Sinne von Art. 375 Abs. 1 OR verabredet. Jedenfalls ist die Information über die Projektierungskosten, die der Architekt dem Bauherrn in Rechnung stellen wird, kein Kostenvoranschlag im hier verstandenen Sinne.

- d. Zur Honorarminderung. Verletzt der Architekt seinen Vertrag, indem er die Baukosten falsch schätzt, kann dies (kumulativ zu seiner Ersatzpflicht) auf seinen Honoraranspruch durchschlagen. So verhält es sich, wenn im konkreten Fall der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist und nach Art. 368 OR die Voraussetzungen der Minderung oder der Wandelung erfüllt sind. Wie aber steht es, wenn der konkrete Architektenvertrag auftragsrechtlich einzuordnen ist? In einem Urteil vom 11. Februar 2000 (4C.408/1999) führt das Bundesgericht aus, der Honoraranspruch eines Architekten, der seinem Bauherrn schuldhaft ungenaue Kosteninformationen liefere, sei „nach Massgabe des objektiven Minderwerts der Vertragsleistung“ *herabzusetzen* (in casu jedoch keine Herabsetzung).<sup>92</sup> Damit knüpft das Gericht bei seinem auftragsrechtlichen Leitentscheid BGE 124 III 423 an, wonach der Honoraranspruch des Auftragnehmers nicht bei jeglicher Schlechtleistung, sondern nur dann entfällt, wenn die Leistung des Auftragnehmers für den Auftraggeber gerade völlig unbrauchbar ist.<sup>93</sup>

2. Die Haftung für einen ungenauen Kostenvoranschlag ist ein Anwendungsfall der Vertragshaftung für schlechten Rat und falsche Auskunft. Hierher gehört es auch, wenn ein Planer die **geschuldete Beratung pflichtwidrig unterlässt**. Ich denke an den folgenden

Fall 2: Ein Ingenieur, dem die Gesamtleitung eines risikoträchtigen Bauprojektes übertragen wird, unterlässt es, dem Bauherrn den Abschluss einer Bauherren-Haftpflichtversicherung anzuraten. Bei den heiklen Grabungsarbeiten kommt es zu Schäden am Nachbargrundstück. Dessen Eigentümer verlangt vom Bauherrn gestützt auf die Kausalhaftung nach Art. 685/679 ZGB Schadenersatz. (Quelle: BGE 111 II 72).

- a. Zur Anspruchsgrundlage. Zum *vertraglichen Leistungsprogramm* eines Vollingenieurs gehört unter anderem die Beratung des Bauherrn (Art. 398 OR und Art. 3.4.1 SIA-Ordnung 103). Allerdings ist der Vertrag nicht die einzige Quelle, aus der Beratungspflichten fliessen. Vielmehr können sich entsprechende Pflichten schon aus dem *vorvertraglichen Treueverhältnis* (Art. 2 ZGB) ergeben, das mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet wird (siehe BGE 121 III 350 E. 6c).<sup>94</sup> Was die

<sup>91</sup> FELLMANN, S. 217 f.; GAUCH, Kostenvoranschlag, S. 79 f.

<sup>92</sup> Hierbei stützt sich das Bundesgericht auf die folgenden Lehrmeinungen: FELLMANN, Berner Kommentar, Rn 538 zu Art. 394 OR; SCHUMACHER, Architektenrecht, Rn 606. Siehe neuerdings FELLMANN, S. 243 ff. Und weiter: DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss. Freiburg 1988, Rn 436 ff.; TERCIER, Rn 4773 ff.; WERRO, Anm. in: BR/DC 1998, S. 134, Nr. 352; DERS., Le mandat et ses effets, Freiburg 1993, Rn 1054 ff.

<sup>93</sup> Siehe dazu die Urteilsbesprechung von WERRO, in: BR/DC 1999, S. 48, Nr. 79, mit Hinweisen.

<sup>94</sup> Ein Fall, in dem das Bundesgericht eine vorvertragliche Beratungspflicht prüfte, ist BGr. 23. Juni 1998 (in: Pra 1998 S. 833 E. 3c). Dort ging es um Geschäftsleute, die sich von einer Bank ein spekulatives

Sonderkategorie der *nachwirkenden* Beratungspflichten angeht, haben sie ihren Rechtsgrund noch immer [28] im Vertrag.<sup>95</sup> Ihre Nachwirkung besteht einzig darin, dass sie an die Erfüllung der (erloschenen) Hauptleistungspflichten anschliessen.<sup>96</sup>

- b.** Zum Beratungsschaden. Der Bauherr ist so zu stellen, wie wenn der Ingenieur ihm zum Versicherungsschutz geraten hätte (Erfüllungsinteresse). Zeigt es sich, dass der Bauherr gleichwohl vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abgesehen hätte, fehlt es am (normativen) Kausalzusammenhang (dazu BGr. 28. Januar 2000 [4C.280/1999]) zwischen Unterlassung und Schaden, womit die Haftung des Ingenieurs entfällt. Sonst aber hat der Ingenieur Ersatz in dem Umfange zu leisten, in dem der Schaden des Nachbarn von der Haftpflichtversicherung des Bauherrn übernommen worden wäre. Soweit dies nicht dem Vollschaden entspricht, ist der Ingenieur zu einer entsprechenden Reduktion seiner Schadensquote berechtigt.<sup>97</sup>
- c.** Zur Haftung aus Rechtsberatung. Lässt sich der Bauherr vom Ingenieur die „Mithilfe bei der Formulierung und beim Abschluss von Verträgen mit Dritten“ (Art. 4.1.51 SIA-Ordnung 103) versprechen, wird der Ingenieur dem Bauherrn unter Umständen ersatzpflichtig, wenn er seine Leistungspflicht schlecht erfüllt. Markanter noch ist dies beim Architekten, und zwar in zweifacher Hinsicht: Erstens gehört das „Aufstellen der Verträge mit den Unternehmern und Lieferanten“ und die „Durchsicht und gegebenenfalls Ergänzung der durch die Spezialisten vorbereiteten Verträge“ nach Art. 4.51 SIA-Ordnung 102 schon zu den Grundleistungen des Architekten. Zweitens ist die vom Architekten geschuldete Rechtsberatung wesentlich umfangreicher als beim Ingenieur, der im Vertragswesen lediglich „mitzuhelfen“ hat. In beiden Fällen hat der Planer bei Verschulden jeweils für den Schaden des Bauherrn aufzukommen, der dort als Folge mangelhafter Rechtsberatung entsteht. Keine Entlastung bewirkt der Nachweis des Planers, dass er im Rechtlichen nicht ausreichend bewandert sei, da ihn sodann ein Übernahmeverschulden trifft.
- 3.** Zwar steht fest, dass ausserhalb „de tout rapport contractuel“ (BGE 121 III 350 E. 6c) keine Beratungspflicht besteht. Doch kommt es natürlich vor, dass sich eine Architektin, ein

---

Immobilienprojekt hatten finanzieren lassen. Angesichts der konkreten Umstände lehnte das Bundesgericht es ab, der Bank eine vorvertragliche Beratungspflicht aufzubürden, und dies mit folgender Begründung: „Wird ... ein Kredit nicht zur Abwicklung 'banknaher' Geschäfte (z.B. Wertpapiieranlagen) beansprucht, sondern zur Finanzierung eines vom Bankgeschäft unabhängigen Projekts, ist die Bank – sofern überhaupt in der Lage – grundsätzlich nicht verpflichtet, die Durchführbarkeit solcher Projekte in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht unaufgefordert zu prüfen, ebensowenig dazu, den Kreditnehmer über die Risiken eines zu finanzierenden Objekts dieser Art zu unterrichten.“ Fallentscheidend war somit, dass dem finanzierten Geschäft die Banknähe abging.

<sup>95</sup> MIDDENDORF, Rn 9.

<sup>96</sup> Ein Beispiel für eine nachwirkende Vertragspflicht: Hat ein Architekt seine Hauptleistung (z.B. die Bauleitung) erbracht, ist er unter Umständen noch immer aufgerufen, den Bauherrn auf den bevorstehenden Ablauf der Garantiefrist aufmerksam zu machen, damit der Bauherr von seinen Mängelrechten Gebrauch machen kann. Weitere Beispiele für nachwirkende Warnpflichten bei MIDDENDORF, Rn 193 ff.

<sup>97</sup> Anders liegt der Fall, da dem Ingenieur ein Berechnungsfehler unterlaufen ist und der Bauherr gestützt auf diese Vertragsverletzung Ersatz für den Schaden, der sich aus der fehlerhaften Berechnung ergeben hat, verlangt. Zu ersetzen ist dem Bauherrn das positive Vertragsinteresse, das – allfällige Herabsetzungsgründe vorbehalten und ein Verschulden des Ingenieurs vorausgesetzt – gerade auf die Summe geht, die der Bauherr dem Nachbarn zu bezahlen hatte.

Ingenieur oder auch eine Rechtsanwältin **gefälligkeitshalber**<sup>98</sup> herbeilässt, einen anderen auf dem eigenen Fachgebiet zu beraten. Derartige „Freundschaftsdienste“ sind heikel, wenn die unentgeltliche Beratung weniger sorgfältig abgestützt wird als in einem Mandat, in dem der Rat gegen Entgelt erfolgt. Für seine Unsorgfalt hat der Ratgeber unter Umständen einzustehen, wobei es ihm kaum nützt, dass er dem anderen lediglich eine Gefälligkeit erwiesen und [29] ausservertraglich gehandelt hat.<sup>99</sup> Neuerdings ordnet das Bundesgericht die ausservertragliche Haftung des Ratgebers offenbar nicht mehr dem Deliktsrecht zu<sup>100</sup>, sondern versteht sie als Anwendungsfall der von ihm aktiv geförderten *Vertrauenshaftung* (BGr. 26. September 2001 [4C.193/2000] E. 4a; BGE 120 II 331 E. 5a; offen gelassen aber in 124 III 363 E. 5b).<sup>101</sup> Dies wirkt sich – aus Sicht des Geschädigten – günstig auf die Haftungsmodalitäten aus.

## B Der Nutzungsausfall des Bauherrn

1. Gerät ein Unternehmer mit seiner Werkleistung in Rückstand oder liefert er ein mangelhaftes Werk ab, führt dies beim Bauherrn regelmässig zu einem Nutzungsausfall. Erleidet der Bauherr darob einen **Vermögensschaden** (konkreter Nutzungsausfall), hat der Unternehmer ihm für diesen Schaden aus Vertragsverletzung einzustehen, wenn die weiteren Haftungsvoraussetzungen gegeben sind. Ein praktisch bedeutsamer Schadensposten liegt in derartigen Fällen im *Mietzinsausfall* (*lucrum cessans*), den der Bauherr als Folge der Bauverzögerung erleidet. Dieser Gewinnentgang ist zu kompensieren, sofern „es sich um einen üblichen oder sonstwie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt“ (BGE 82 II 397 E. 6; 90 II 417 E. 3). Zu ersetzen sind weiter etwa die Kosten einer Unterkunft, die der Bauherr für die Dauer der Nachbesserungsarbeiten bezieht.

2. Möglich ist aber auch, dass der **Nutzungsausfall ohne Vermögensfolge** bleibt und damit abstrakter Nutzungsausfall ist, so in meinem

Fall 3: Ein Ehepaar lässt sich eine Villa bauen, die es vorübergehend nur eingeschränkt nutzen kann: Denn an verschiedenen Stellen dringt Wasser durch das mangelhaft abgedichtete Dach. Der Unternehmer ist konkursit,

---

<sup>98</sup> Die Abgrenzung der Gefälligkeit vom Schuldvertrag erfolgt über die Frage, ob die Parteien einen Geschäftswillen hatten, der tatsächlich oder normativ (vertrauens-theoretisch) begründet sein kann. Ein Vertrag liegt nur bei übereinstimmendem Geschäftswillen vor.

<sup>99</sup> Die Gefälligkeit ändert zwar nichts am Grundsatz, dass der Ratgeber dem anderen für seine Unsorgfalt einzustehen hat, wirkt sich aber doch so aus, dass seine Haftung in analoger Anwendung des Art. 99 Abs. 2 OR milder zu beurteilen ist.

<sup>100</sup> Dies entsprach ständiger, langjähriger Rechtsprechung; siehe nur: BGE 116 II 695 E. 4; 111 II 471 E. 3; 57 II 81 E. 2; 41 II 77 E. 4.

<sup>101</sup> Die tatbestandlichen Voraussetzungen unterscheiden sich, was sich namentlich daran zeigt, dass nur für die Vertrauenshaftung nach dem Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung zu fragen ist (siehe BGr. 26. September 2001 [4C.193/2000] E. 5). Für die Haftung aus unrichtiger Raterteilung ist wohl davon auszugehen, dass das Bundesgericht die rechtliche Sonderverbindung zumindest dann regelmässig bejahen dürfte, wenn jemand wegen seiner besonderen Sachkunde um Rat angegangen wird und in der Folge Rat erteilt. Die Bejahung der „besonderen Nähe“ beruht auf der Wertung, dass der Geschädigte unabhängig davon, dass kein Vertrag vorliegt, den Schädiger nach vertraglichen Haftungsmodalitäten soll fassen können.

weshalb sich das Ehepaar gegen den Architekten wendet, dem es unsorgfältige Bauleitung vorhält. (Quelle: BGE 126 III 388)<sup>102</sup>.

- a. Zur Anspruchsgrundlage. Der Architekt hat dem Ehepaar für die Schlechterfüllung des Architektenvertrages einzustehen, wenn ihn ein Verschulden oder eine Haftung aus Art. 101 OR trifft. Diese Vertragshaftung setzt tatbestandlich allerdings voraus, dass ein Schaden vorliegt.
- b. [30] Zum Schaden. Macht das Ehepaar Auslagen für einen Hotelaufenthalt geltend, liegt im Sinne des tradierten Begriffs ein Schaden vor. Gleich verhält es sich, wenn das Paar die von der Wasserinfiltration betroffenen Hausteile hätte vermieten können. Anders liegt es, wenn der Nutzungsausfall ohne Vermögensfolge bleibt. Hier ist dem Ehepaar jeglicher Ersatzanspruch abzuschlagen, und dies völlig unabhängig davon, ob den Architekten ein Verschulden trifft.<sup>103</sup>

Auf dieser Linie bewegt sich jedenfalls das Bundesgericht: Mit BGE 126 III 388 E. 11c<sup>104</sup> verweigerte es einem Ehepaar *Burrus*, das seine neuerbaute Villa infolge Wasserinfiltration nur eingeschränkt nutzen konnte, jeden Ersatz für die erlittene „*perte de jouissance*“.<sup>105</sup> Das Bundesgericht führte aus, dass entgangene Nutzungsmöglichkeiten zwar zu einem Mangelfolgeschaden führen können, aber nicht selber schon Schaden sind.<sup>106</sup> Im Übrigen machte das Bundesgericht praktische Schwierigkeiten geltend „tant en raison de la fréquence des situations dans lesquelles une telle indemnisation pourrait être requise que dans la détermination de celle-ci, car l'atteinte à la privation de l'usage est, par définition, difficilement évaluable“. Was letzteren Einwand angeht, kann ich mir zwar durchaus vorstellen, dass sich Wege finden liessen, ihm wirksam zu begegnen. Etwa scheint mir denkbar, dass bei Marktgütern auf die hypothetischen Kosten abgestellt wird, die für einen angemessenen Ersatz aufzuwenden wären (im Beispiel auf die Kosten einer gleichwertigen Unterkunft). Dass die ersatzberechtigten hypothetischen Kosten wertend einzugrenzen sind, ist keine Besonderheit, sondern fliesst ohne weiteres aus der Schadenminderungspflicht.

Wie dem auch sei: Mit dem *Burrus-Urteil* bekräftigte das Bundesgericht seine aktuelle, restriktive Haltung gegenüber den Versuchen, den Schadensbegriff (und mit ihm die Haftung) über den Haushalt- und den Betreuungsschaden hinaus „normativ“ auszuweiten. Nachdrücklich bekannte es sich zu dieser Haltung in BGE 115 II 474 E. 3a (kein Ersatz

<sup>102</sup> Ein weiteres Beispiel aus der Gerichtspraxis findet sich in Pra 76 S. 227 E. 3c (unveröffentlichte Erwägung zu BGE 112 II 231): „Die Y. [Klägerin] verlangt Schadenersatz dafür, weil sie sich mehrere Jahre in baufälligen, statt in neu renovierten Räumen aufhalten musste.“ Auch das ist Nutzungsausfall, wobei sich das Bundesgericht zur Frage der Ersatzfähigkeit deshalb nicht zu äussern hatte, weil der Anspruch so oder so verjährt war.

<sup>103</sup> Das schliesst allerdings nicht aus, dass sich der Architekt die Minderung seines Honorars gefallen lassen muss (dazu BGE 124 III 423 und BGr. 11. Februar 2004 [4C.408/1999]).

<sup>104</sup> Im Volltext kann das Urteil unter seinem Code 4C.397/1999 bei [www.bger.ch](http://www.bger.ch) eingesehen werden.

<sup>105</sup> Die Vorinstanz (Cour de justice genevoise) hatte den Klägern für den Nutzungsausfall CHF 40'000.— zugestanden. Die Herkunft dieses Falls (Kanton Genf) scheint mir deshalb signifikant zu sein, weil die Ersatzfähigkeit abstrakten Nutzungsausfalls in der welschen Schweiz offenbar eine gewisse Tradition hat. So wird dort der Nutzungsausfall an Automobilen zum Teil auch dann entschädigt, wenn kein Ersatzwagen gemietet wird. Kritisch zu dieser Praxis: FUHRER, S. 81; SCHÄR, Wandlung des Schadensbegriffes, der Schadensberechnung und der Schadensverteilung, in: Strassenverkehrstagung 1990, S. 12; WERRO, Le dommage automobile, in: Strassenverkehrsrechtstagung 1990, S. 18.

<sup>106</sup> In Anlehnung an LANGE, S. 283.



für verpfuschte Ferien)<sup>107</sup>, wo es ausführte, die Anerkennung ersatzfähigen immateriellen Schadens<sup>108</sup> sei für das schweizerische Recht abzulehnen (in casu Frustrationsschaden).<sup>109</sup>

Ein Nutzungsausfall von der Art, wie ihn die Eheleute Burrus hinzunehmen hatten, lässt sich also vorderhand nicht kommerzialisieren und als Schaden ausgeben. Bleibt die *Genugtuung* nach Art. 49 OR, die eine Verletzung der Persönlichkeit voraussetzt. Der erforderliche Verletzungsgrad ist allerdings hoch. Selbst erhebliche Unannehmlichkeiten [31] dürften ihn verfehlen, und wenn sie ihn doch erreichen, bleiben die Genugtuungssummen bescheiden.

- c. Wie weiter? Vorderhand wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Ersatzfähigkeit eines abstrakten Nutzungsausfalls im Grundsatz verneinen. Wer dagegen angehen will, kann sich nicht auf den Mangelfolgeschaden beschränken, sondern muss den Schadensbegriff insgesamt in den Blick nehmen. Dieser Hinweis des Bundesgerichts (BGE 126 III 388 E. 11a)<sup>110</sup>, mit dem es zur Zurückhaltung mahnt, ist sicherlich ernstzunehmen. Allerdings vertritt das Gericht namentlich für den *Haushaltschaden* gerade die gegenteilige Meinung und spricht – wie schon erwähnt – Schadenersatz auch dann zu, wenn die (oder auch der) Geschädigte keinerlei Auslagen für eine Haushalthilfe als Vermögensschaden vorzuweisen hat (jüngst BGE 127 III 403 E. 4b). Indem das Bundesgericht die Beeinträchtigung der Arbeitskraft, die ohne schädigendes Ereignis auf die Haushaltsführung verwendet worden wäre, für ersatzfähig hält, gibt „es der blossen Nutzungsmöglichkeit einen Marktwert und anerkennt damit in diesem Bereich einen Kommerzialisierungsschaden“<sup>111</sup>. Dass es dies beim Haushaltschaden tut, beim abstrakten Nutzungsausfall aber unterlässt, beruht nicht auf einem irgendwie gearteten, „vorrechtlichen“ Schadensbegriff, sondern auf einer rechtspolitischen Wertung: Es geht darum, durch die Anerkennung des Haushaltschadens den gesellschaftliche Stellenwert der (zumeist unentgeltlich verrichteten) Haushaltarbeit zu steigern. Entsprechendes lässt sich für den abstrakten Nutzungsausfall einer Bauherrschaft nicht postulieren, sodass es bei dessen Ersatzunfähigkeit bleiben dürfte.

## C Der Selbsthilfeschaden des Bauherrn

1. Mitunter kommt es vor, dass ein Bauherr einen drohenden Schaden auf eigene Kosten abwehrt, anstatt zunächst den Unternehmer aufzufordern, die erforderlichen Massnahmen zu treffen. In der Folge kommt es zum Streit darüber, wer die **Kosten der Schadensprävention** zu tragen hat.<sup>112</sup> Aus einem neueren Urteil des Bundesgerichts ziehe ich meinen

<sup>107</sup> Zur Frage der Ersatzfähigkeit verpfuschter Ferien vgl. neuerdings EuGH 12. März 2002 (C-168/00) und die Urteilsbesprechung von AUGENHOFER, in: HAVE 2002, S. 372 ff.

<sup>108</sup> Der Vorentwurf zu einem Haftpflichtgesetz unterscheidet in seinem Art. 45 Abs. 1 zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden, meint mit Letzterem aber die Persönlichkeitsverletzung, die (unter bestimmten) Voraussetzungen einen Anspruch auf Genugtuung begründet (Art. 45e). Diese Terminologie findet sich jetzt auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts wieder, z.B. in BGE 127 III 403 E. 4a.

<sup>109</sup> Und vorher schon in BGE 87 II 290 E. 4 (dame Véronèse).

<sup>110</sup> Vgl. auch GAUCH, *Le contrat d'entreprise* (adaption française par Benoît Carron), Zürich 1999, Rn 1867.

<sup>111</sup> FELLMANN, *Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, in: AJP 1995, S. 882.

<sup>112</sup> Zur mehrwertsteuerrechtlichen Lage siehe Merkblatt Nr. 04 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (und dort Ziff. 4 über die „Schadenbehebung bei Schadenfällen“).

Fall 4: Ein Bauherr lässt eine rutschgefährdete Böschung durch einen Dritten sanieren. Die Sanierungskosten will er sich von seinem ursprünglichen Bauunternehmer, der die Böschung unzureichend gesichert hatte, ersetzen lassen. (Quelle: BGE 117 II 259.)

- a. Zur Anspruchsgrundlage.** Gehört die Sicherung der schadensträchtigen Böschung zur Leistungspflicht des Unternehmers, kann der Bauherr den Unternehmer zur Nachbesserung zwingen, wenn die Böschung mangelhaft gesichert wurde (Art. 368 Abs. 2 OR).<sup>113</sup> Beseitigt der Bauherr den Mangel selber oder lässt er ihn durch einen Drittunternehmer beseitigen, wird die Nachbesserung durch den ursprünglichen Unternehmer objektiv unmöglich. Noch immer aber kann der Bauherr sein Minderungsrecht ausüben und [32] gegebenenfalls seine Selbsthilfekosten als Mangelfolgeschaden liquidieren.<sup>114</sup> Was aber die *Deliktshaftung* des Unternehmers angeht, wird der Bauherr sich die fehlende Widerrechtlichkeit vorhalten lassen müssen. So jedenfalls entschied das Bundesgericht im Böschungsfall (BGE 117 II 259)<sup>115</sup>, und dies aus folgenden Überlegungen: (i) Absolut geschützte Rechtsgüter, deren Verletzung die Widerrechtlichkeit ohne weiteres begründet, wären nur dann (möglicherweise) verletzt worden, wenn der Hang tatsächlich gerutscht wäre. Dem ist der Bauherr durch die Sanierung zugekommen. (ii) Aber auch der als Schutznorm angerufene Art. 229 StGB<sup>116</sup>, mit dem der Bauherr die Widerrechtlichkeit seines reinen Vermögensschadens begründen wollte, war nicht einschlägig: Diese Strafnorm ist auf das Rechtsgut der körperlichen Integrität („Leib und Leben von Mitmenschen“) beschränkt und gewährt keinen Schutz vor reinen Vermögensschäden<sup>117, 118</sup>. Dem ist ergänzend anzufügen, (iii) dass eine Vertragsverletzung, die der Unternehmer zu vertreten hat, zwar vertragliche Ersatzansprüche auszulösen vermag, nicht aber ohne weiteres widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist.
- b. Ein Bedenken.** Unter der Herrschaft der *objektiven Widerrechtlichkeitstheorie*, die das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung aufrechterhält, ist die Lösung des Böschungsfalles zwar kaum überraschend.<sup>119</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass der

<sup>113</sup> Eine besondere Rechtslage besteht, wenn Art. 169 SIA-Norm 118 in den Vertrag übernommen wurde. Nach dieser SIA-Bestimmung hat die Nachbesserung gegenüber den weiteren Mängelrechten Vorrang.

<sup>114</sup> Siehe GAUCH, Werkvertrag, Rn 1747.

<sup>115</sup> Die mit dem Deliktsanspruch konkurrierenden Ansprüche aus werkvertraglicher Gewährleistung, welche die Kläger ebenfalls angemeldet hatten, vermochte das Bundesgericht nicht abschliessend zu beurteilen, weshalb es die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückwies (E. 2g).

<sup>116</sup> Art. 229 StGB (Marginale: „Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde“) lautet: „Wer vorsätzlich bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Gefängnis und mit Busse bestraft [Abs. 1]. Lässt der Täter die anerkannten Regeln der Baukunde fahrlässig ausser acht, so ist die Strafe Gefängnis oder Busse [Abs. 2].“

<sup>117</sup> *En passant* nur der Hinweis, dass das Bundesgericht überdies daran zweifelt, ob ein „Generalunternehmer gemäss Art. 229 StGB für Bauarbeiten verantwortlich ist, die von anderen Unternehmern ausgeführt werden“.

<sup>118</sup> Darin unterscheidet sich Art. 229 StGB insbesondere von Art. 239 StGB, den das Bundesgericht fruktifiziert hat, um in Kabelbruchfällen die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden bejahen zu können.

<sup>119</sup> Zudem ist sie konsistent mit dem Versicherungsvertragsgesetz, dessen Art. 70 die Vergütung der „zum Zwecke der Schadensminderung (Art. 61) ... aufgewendeten Kosten“ regelt: Nach HÖNGER/SÜSSKIND, Basler Kommentar, Rn 5 zu Art. 70 VVG, werden „Massnahmen zur Abwehr des befürchteten Ereignisses ... von Art. 70 VVG nicht erfasst und sind ... vom Versicherungsnehmer zu tragen“.

Entscheid das Rechtsgefühl ritzt. Störend ist, dass er „die vom Schaden Bedrohten vor die Wahl stellt, entweder den drohenden Schaden auf eigene Rechnung abzuwehren oder sich im Falle des Schadenseintritts eine Minderung des Ersatzanspruchs nach Massgabe des Art. 44 OR gefallen zu lassen“<sup>120</sup>. Allerdings fragt sich, warum das so sein soll, wo doch eine *Schadenminderungspflicht* besteht. Und zwar ist nicht recht einzusehen, warum einer leer ausgehen soll, wenn er nicht erst der Vergrösserung des (grundsätzlich ersatzfähigen) Schadens wehrt, sondern sich gerade darum kümmert, dass der Schaden (den er dann im Sinne einer Obliegenheit zu mindern hätte) schon gar nicht eintritt.<sup>121</sup> Zumindest am [33] Einwand, die Auslagen für die Selbsthilfe seien freiwillig erfolgt und damit schon der Schadensbegriff nicht erfüllt, dürfte die Ausweitung nicht scheitern: Wer eine drohende Gefahr, die ein anderer gesetzt hat, von sich abzuwenden sucht, handelt offensichtlich nicht freiwillig.

- c. Und der Gefahrensatz? Nach heutiger Rechtsprechung des Bundesgerichts hätte sich die Widerrechtlichkeit auch nicht aus dem *Gefahrensatz* ableiten lassen, wonach derjenige, „der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen hat“ (BGr. 28. Januar 2000 [4C.280/1999] E. 2b). Zwar fehlte es nicht am gefährlichen Zustand, den dieser Satz fordert; noch hätte der belangte Unternehmer, der den Zustand geschaffen hatte, einwenden können, er habe die gebotenen Schutzmassnahmen getroffen. Doch begründet erst der „Verstoss gegen eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung die Widerrechtlichkeit“ einer Unterlassung (BGr. 28. Januar 2000 [4C.280/1999] E. 2b), wobei sich diese Handlungspflicht aus dem Gefahrensatz gerade *nicht* ableiten lässt (siehe BGE 124 III 297 E. 5b; 119 II 127 E. 3).

2. Einen **Ausweg** aus der Misere, die im Böschungsfall ihren Ausdruck findet, zeichnen die bisherigen Arbeiten zur *Revision des Haftpflichtrechts* vor, indem die Ersatzfähigkeit der „Kosten von Massnahmen, die von der geschädigten Person nach Treu und Glauben ergriffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren ...“ („Ergänzende Schadensposten“ gemäss Art. 45f Abs. 1 VE), gesetzlich verankert werden soll.

Für gewisse *Spezialfälle* sieht das geltende Recht die Ersatzfähigkeit von Präventionskosten ohne Rücksicht darauf vor, dass ein Schaden gerade noch nicht eingetreten ist. Die einschlägigen Bestimmungen betreffen die Kosten behördlich angeordneter Sicherungsmassnahmen. Art. 59 USG etwa ordnet an, dass die „Kosten von Massnahmen, welche die Behörden zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Einwirkung ... treffen, dem Verursacher überbunden“ werden.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> GAUCH, Grundbegriffe, S. 233.

<sup>121</sup> Siehe dazu VON TUHR/PETER, S. 112, wonach der Verletzte seine Schadenminderungspflicht nicht erst dann verletzt, wenn er „die den Umständen entsprechenden Massregeln zur Verminderung des Schadens“ versäumt, sondern schon dadurch, dass „er es unterlässt, die schädlichen Folgen einer Handlung des Gegners abzuwenden“.

<sup>122</sup> Mit im Wesentlichen gleichem Wortlaut: Art. 54 GSchG; siehe auch Art. 4 KHG.

## D Der Mitwirkungsschaden des Unternehmers

1. Verletzt der Bauherr seine Vertragspflichten<sup>123</sup>, steht dem Unternehmer Schadenersatz zu, sofern die weiteren Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. Etwa hat der Bauherr dem Unternehmer den Verspätungsschaden zu ersetzen, wenn er mit der Vergütung in Verzug gerät und der Schaden den Verzugszins übersteigt (Art. 106 Abs. 1 OR). Wie aber, wenn der Bauherr seinen **vertraglichen Obliegenheiten** nicht nachkommt? Diesem Problem gilt mein

Fall 5: Im Laufe der Abwicklung eines Werkvertrages nimmt ein Bauherr eine Beststellungsänderung vor (Art. 84 SIA-Norm 118), stellt aber seinem Unternehmer die erforderlichen Ausführungsunterlagen<sup>124</sup> nicht zeitgerecht [34] zur Verfügung. Aufgrund der Bauverzögerung, die sich daraus ergibt, ist der Unternehmer nicht in der Lage, einen weiteren Auftrag anzunehmen.

- a. Kein Erfüllungsanspruch. Mit dem Abschluss eines Werkvertrages stellen sich Bauherr und Unternehmer gegenseitig ein künftiges Verhalten verbindlich in Aussicht. Von *Vertragspflichten* spricht man dann, wenn ein Anspruch darauf besteht, dass der andere sich vertragsgemäss verhält (Erfüllungsanspruch). Ist die Erfüllung nicht geschuldet, liegt eine *Obliegenheit* vor.<sup>125</sup> So typischerweise, wenn der Bauherr: die Ausführungspläne nicht erstellt; die Baugenehmigung nicht rechtzeitig beibringt<sup>126</sup>; den Baustoff, den zu besorgen er übernommen hat (Art. 364 Abs. 3 OR und Art. 10 Abs. 3 der SIA-Norm 118), verspätet liefert. In keinem dieser Fälle verfügt der Unternehmer über einen Erfüllungsanspruch. Immerhin steht ihm eine angemessene Fristerstreckung zu.<sup>127</sup> Doch wie verhält es sich mit dem Schaden, den der Unternehmer aufgrund der Bauverzögerung erleidet und der sich zum Beispiel in einem Gewinn manifestiert, der bei einem Folgeauftrag hätte erzielt werden können?<sup>128</sup>
- b. Zum Schaden. Ob der Unternehmer seinen Schaden geltend machen kann, hängt zunächst davon ab, ob der Bauherr im Gläubigerverzug ist oder nicht.
  - Ist die Mitwirkung des Bauherrn in der Weise erforderlich, dass der Unternehmer ohne sie „zu erfüllen nicht imstande ist“ (Art. 91 OR), gerät der Bauherr in *Gläubigerverzug* (auch Annahmeverzug). Dies trägt dem Unternehmer verschiedene Rechtsvorteile ein,

<sup>123</sup> Neben der Vergütungspflicht (Hauptleistung) ist hier beispielsweise an die Pflicht des Bauherrn zu denken, Unterlagen des Unternehmers ausschliesslich im Rahmen des Vertrages zu verwenden (SIA-Norm 118, Art. 24 Abs. 1) und die Abwerbung von Arbeitnehmern des Unternehmers zu unterlassen (SIA-Norm 118, Art. 32 Abs. 1).

<sup>124</sup> Siehe dazu Art. 100 Abs. 1 SIA-Norm 118: „Stellt der Unternehmer das Fehlen von Plänen fest, so fordert er diese bei der Bauleitung an.“ Zu dieser Konkretisierung der allgemeinen Anzeigepflicht (Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118) SCHUMACHER, in: Gauch (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 36 – 156, Zürich 1992, Rn 18 zu Art. 100 und Rn 12 zu Art. 99.

<sup>125</sup> Eingehend: WEBER, Berner Kommentar, Rn 50 zu Art. 91 OR; KRAMER, Berner Kommentar, Allg. Einl. OR, Rn 113 ff. Siehe auch: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 101 ff.; KOLLER, Rn 96 ff.; SCHWENZER, Rn 4.27 f.

<sup>126</sup> So der Sachverhalt in BauR 1996, S. 862 ff.

<sup>127</sup> Dazu GAUCH, Werkvertrag, Rn 682; Art. 96 SIA-Norm 118.

<sup>128</sup> Das folgende Beispiel stammt von SCHUMACHER, Vergütung, Rn 328: „Wenn ... eine Tunnelbohrmaschine viel länger als geplant benötigt wird und für ein neues Bauprojekt nicht angeboten werden kann, so kann dem Unternehmer deswegen Schaden erwachsen.“

unter anderem<sup>129</sup> die verzugsrechtliche Befugnis, „nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Verträge zurückzutreten“ (Art. 95 OR; vgl. SEMJUD 1989, S. 331 E. 2).<sup>130</sup> (i) Macht der Unternehmer von diesem Auflösungsrecht Gebrauch, erlöscht seine Leistungspflicht. Zudem hat er Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Art. 109 Abs. 2 OR)<sup>131</sup> und kann sich damit vom Bauherrn namentlich den Gewinn „aus einem Geschäft, das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist“<sup>132</sup>, ersetzen lassen. (ii) Ist die Werkherstellung schon im Gange, handelt es sich bei der Auflösung des Vertrages um eine Kündigung, die nur in die Zukunft wirkt („ex nunc“), so dass eine Rückabwicklung ausbleibt. Da der Grund der Vertragsauflösung beim Bauherrn liegt, hat dieser dem Unternehmer über den Schadenersatz hinaus die [35] geleistete Arbeit und die „im Preise nicht inbegriffenen Auslagen“ zu ersetzen, was mir deshalb richtig scheint, da Art. 378 Abs. 1 OR für einen ähnlich gelagerten Fall<sup>133</sup> diese Lösung trifft.<sup>134</sup>

- Ist die Mitwirkung des Bauherrn zwar vorgesehen, aber nicht erforderlich, bleibt der Gläubigerverzug aus und dem Unternehmer das *Rücktrittsrecht verwehrt*. Was bleibt, ist allenfalls ein Anspruch auf Mehrvergütung. Diese Rechtslage besteht auch dann, wenn zwar der Bauherr im Gläubigerverzug ist, der Unternehmer jedoch vom Rücktritt absieht. Praktisch dürfte dies für den Unternehmer oft günstiger sein als der Vertragsrücktritt, dies schon deshalb, weil der Beweis des Folgeauftrages und des Gewinns, der dem Unternehmer daraus zugeflossen wäre, mitunter schwierig zu führen ist.
- Vorbehalten bleibt namentlich der Fall, da die Parteien eine besondere *Vereinbarung* getroffen haben, indem sie zum Beispiel Art. 97 Abs. 1 der SIA-Norm 118<sup>135</sup> in den Einzelvertrag übernommen haben. Die Übernahme dieser Regel ändert zwar nichts an der Rechtsnatur der „Mitwirkungspflicht“ des Bauherrn, die eine Obliegenheit bleibt und vom Unternehmer nicht durchgesetzt werden kann; doch können die Parteien die Folgen, die an die Missachtung einer Obliegenheit anschliessen, (im Rahmen von Art. 19 OR) beliebig regeln und entsprechend auch Ersatzpflichten vereinbaren.

**2. Zur Mehrvergütung.** Für den Fall, da der Vertrag aufrechterhalten wird, fragt sich, ob dem Unternehmer eine Mehrvergütung zusteht. Bemisst sich die Vergütung nach Aufwand (Art. 374 OR), ist der Mehraufwand des Unternehmers, der auf die bauherrenseitige

---

<sup>129</sup> Weitere Folgen bei SCHUMACHER, Der Bauherr und sein Unternehmer: Die Vertragshaftung des Bauherrn, in: BRT 1981, S. 9 f.

<sup>130</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn 1342; WEBER, Berner Kommentar, Rn 11 zu Art. 95 OR; ähnlich die Sonderregel in § 643 BGB („Kündigung bei unterlassener Mitwirkung“). Das Auflösungsrecht nach Art. 95 OR, der auf Art. 107 OR verweist, setzt insbesondere voraus, dass der Schuldner dem Gläubiger eine Nachfrist ansetzt; vorbehalten bleibt wie immer in diesen Fällen Art. 108 OR.

<sup>131</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 2524 ff.; WEBER, Berner Kommentar, Rn 17 zu Art. 95 OR.

<sup>132</sup> Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 3093.

<sup>133</sup> Seiner Marginalie nach regelt Art. 378 OR die Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers, wobei er zwischen zufälliger (Abs. 1) und dem Besteller zurechenbarer (Abs. 2), stets aber objektiver Unmöglichkeit unterscheidet.

<sup>134</sup> Siehe auch GAUCH, Werkvertrag, Rn 1342.

<sup>135</sup> Diese Bestimmung der Norm lautet: „Bauherr und Unternehmer haften gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschuldet haben.“

Verzögerung zurückgeht, ohne weiteres zu berücksichtigen, was dem Unternehmer eine Mehrvergütung verschafft. Umstritten ist, ob in dieser Lage auch der Festpreisunternehmer über einen entsprechenden Anspruch verfügt: GAUCH<sup>136</sup> bejaht dies, während KOLLER<sup>137</sup> seine Zweifel hat.

## E Der Wettbewerbsschaden der Planerin

1. Beteiligt sich eine Planerin an einem Wettbewerb, nimmt sie in Kauf, dass sie mit ihrem Beitrag unterliegt und ihr Aufwand unter Umständen vergeblich ist. Eine abweichende Vereinbarung vorbehalten (z.B. gemäss Art. 17.4 SIA-Ordnung 142), hat die Auftraggeberin ihr den Planungsaufwand nicht zu vergüten. Gesondert zu prüfen sind die Rechtsfolgen eines Verfahrensfehlers, wie im folgenden

Fall 6: [36] Eine Planerin beteiligt sich an einem privaten Wettbewerb, für den sich die Auftraggeberin SIA-Ordnung 142 unterzogen hat. In der Folge wird die Planerin vom Wettbewerb ausgeschlossen.<sup>138</sup> Davon erfährt die Planerin erst nach der Publikation des Preisentscheides in der Presse. Der Ausschluss erweist sich fehlerhaft.<sup>139</sup>

a. Zur Anspruchsgrundlage. Die Planerin kann sich auf Art. 101 OR<sup>140</sup> stützen, wenn zwischen ihr und der Auftraggeberin ein Vertrag besteht.<sup>141</sup> Aber auch ohne Vertrag bleibt es bei Art. 101 OR, da der private Wettbewerb ein Preisausschreiben im Sinne von Art. 8 OR ist.<sup>142</sup> Lässt sich der Verfahrensfehler nicht mehr korrigieren – was unter Berücksichtigung der Interessen auch der anderen Wettbewerbsteilnehmer zu beurteilen ist<sup>143</sup> –, steht der verletzten Planerin nach allgemeiner Regel Schadenersatz im Umfang

<sup>136</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn 1336 f. Sein Hinweis auf § 642 BGB, der für den Fall, dass der Besteller die Mitwirkung unterlässt, dem Unternehmer einen Anspruch auf eine „angemessene Entschädigung“ verschafft, ist noch immer einschlägig: die Revision des BGB vom 1. Januar 2002 ist an dieser Bestimmung vorübergegangen.

<sup>137</sup> KOLLER, Berner Kommentar, Rn 778 zu Art. 366 OR: „Ob ein Anspruch analog § 642 BGB geltendes schweizerisches Recht ist, scheint zweifelhaft.“

<sup>138</sup> Vgl. dazu Art. 19.1 lit. a SIA-Ordnung 142, wonach ein Wettbewerbsbeitrag insbesondere dann von der Beurteilung auszuschliessen ist, „wenn er nicht rechtzeitig oder in wesentlichen Bestandteilen unvollständig abgeliefert wurde ...“.

<sup>139</sup> Eingehend zu fehlerhaften Preisentscheiden KOLLER, Architektenrecht, Rn 266 ff.; ULRICH, S. 122 ff.

<sup>140</sup> Dies erklärt sich daraus, dass zwischen der Auftraggeberin und dem Anbieter regelmässig ein Preisgericht steht (siehe Art. 10 SIA-Ordnung 142), das rechtlich als Hilfsperson der Auftraggeberin gilt. Daran ändert auch Art. 10.1 SIA-Ordnung 142 nichts, der festhält, dass die „Mitglieder des Preisgerichts der Auftraggeberin und den Teilnehmern gegenüber dafür verantwortlich [sind], dass der Wettbewerb ordnungsgemäss durchgeführt wird“. Richtig ausgelegt, bewirkt diese Bestimmung keine Haftungsbefreiung der Auftraggeberin. Fragen kann man sich aber, ob sie eine Vertrauenshaftung der Preisrichter begründet. Wird diese Anspruchsgrundlage bejaht, tritt sie konkurrierend zur Haftung der Auftraggeberin aus Art. 101 Abs. 1 OR hinzu (Art. 51 OR).

<sup>141</sup> So offenbar die Meinung, die es mit der SIA-Ordnung 142 hat: „Die Ausschreibung eines Wettbewerbs ist ein Antrag zum Abschluss eines Vertrages. Mit seiner Teilnahme nimmt der Teilnehmer den Antrag an und schliesst den Vertrag ab. Die vorliegende Ordnung, das Wettbewerbsprogramm und die Fragenbeantwortung sind Bestandteile dieses Vertrages“ (Art. 2.2).

<sup>142</sup> GAUCH, Die Submission im Bauwesen – Privatrechtliche Aspekte, in: Mensch und Umwelt, Freiburg 1980, S. 199; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Rn 60 zu Art. 8 OR; differenzierend ULRICH, S. 47 f.

<sup>143</sup> Dazu: KOLLER, Architektenrecht, Rn 288; ULRICH, S. 179.

des positiven Vertragsinteresses zu.<sup>144</sup> Mithin ist sie vermögensmässig so zu stellen, wie wenn sie zur Beurteilung zugelassen worden wäre.

Wenn ich nur den Preis nehme<sup>145</sup>, hat die Planerin zu **beweisen**, dass sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit<sup>146</sup> einen (nicht notwendigerweise den ersten) Preis gewonnen hätte. Als Folge des grossen Ermessen, das dem Preisgericht zusteht, dürfte dieser Beweis allerdings regelmässig misslingen, wenn der Entscheid nicht gerade willkürlich ist.

- b. Zur „perte d’une chance“. Mit Rücksicht auf diese Beweisschwierigkeiten in diesen (und weiteren)<sup>147</sup> Fällen ist zu überlegen, ob nicht der Schadensbegriff anders zu fassen und [37] schon der blossen *Chance, einen Preis zu gewinnen*, Vermögenswert zuzuerkennen ist.<sup>148</sup> Das ist die Diskussion, die sich in der Schweiz um die „perte d’une chance“ dreht.<sup>149</sup> Sodann würde der Verlust der Chance, einen Preis zu gewinnen, ersatzfähigen Schaden darstellen. Doch wie wäre dieser Schaden zu berechnen? Für die Schweiz wird empfohlen, bei der Schadensberechnung nach der sogenannten *Prozentmethode* zu verfahren, die den „Wert der Enderfolgs mit dem Prozentsatz der Chancen (Wahrscheinlichkeit), diesen Enderfolg zu erreichen“, multipliziert.<sup>150</sup> Zu beachten ist, dass die „perte d’une chance“ bislang nicht Eingang in schweizerische Gerichtsurteile gefunden hat.
- c. Zu einem Sonderfall. Kein Bedarf nach einer Schadensregelung im Sinne der „perte d’une chance“ besteht dann, wenn der Verfahrensfehler darin besteht, dass einer Planerin „nach Durchführung der Beurteilung und Unterzeichnung des Berichts“ (Art. 24 SIA-Ordnung 142) zu Unrecht die Teilnahmeberechtigung abgesprochen wird: Da die Beurteilung schon erfolgte, steht auch fest, ob die Planerin bei richtigem Verfahrensverlauf einen Preis errungen hätte. Sodann ist für die Schadensberechnung nicht mehr auf eine Wahrscheinlichkeit abzustellen, sondern (mindestens)<sup>151</sup> der Preisbetrag als Schadenersatz zuzusprechen. Dies deckt sich mit der allgemeinen Regel,

<sup>144</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Rn 60 zu Art. 8 OR.

<sup>145</sup> Wirtschaftlich steht zwar offensichtlich der Auftrag, nicht der Preis im Vordergrund, was sich mit Blick auf die geringen Preissummen ohne weiteres versteht. Was aber den Beweis angeht, führt der Weg stets über den (ersten) Preis, da der Preis es ist, der den Weg zum Auftrag öffnet (Art. 27.1 SIA-Ordnung 142).

<sup>146</sup> Zum Beweismass vgl. VOGEL/SPÜHLER, S. 256 f.

<sup>147</sup> Z.B.: Rechtsanwalt, der eine Frist verpasst (Prozessaussichten); Ärztin, die einen Patienten falsch behandelt hat (Heilungsaussichten).

<sup>148</sup> Zur Anwendung dieser Konzeption auf den Architekturwettbewerb vgl.: DUBEY, Le juge civil face au concours d’architecture, in: BR/DC 2001, S. 168; ULRICH, S. 215 ff.

<sup>149</sup> Neuerdings angeregt durch die Beiträge von: KOZIOL, S. 889 ff.; MÜLLER, La perte d’une chance; DERS., Schadenersatz; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn 778 ff.; DERS., Schadensrecht, S. 158 ff.; THÉVENOZ, La perte d’une chance et sa réparation, in: Werro (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, S. 237 ff. Einschlägige Beiträge finden sich schon in: Guillod (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 99 ff. (mit einem Beitrag zum schweizerischen Recht von STARK). Ausdrücklich vorgesehen ist Chancenersatz in Art. 7.4.3 der *Unidroit-Principles*: „Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence“ (Abs. 2).

<sup>150</sup> MÜLLER, Schadenersatz, S. 406; DERS., La perte d’une chance, S. 380 ff.; ULRICH, S. 219.

<sup>151</sup> Dazu kommt die entgangene Vergütung aus dem Auftrag (Art. 27.1 SIA-Ordnung 142), sofern der Planerin der Nachweis gelingt, dass sie bei einwandfreiem Verfahrensverlauf den ersten Preis errungen hätte. Dieser Schadensposten ist wirtschaftlich offensichtlich bedeutsamer als der entgangene Preis.

nach der entgangener Gewinn voll ersatzfähig ist, wenn „es sich um einen ... sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt“ (BGE 82 II 397 E. 6; 90 II 417 E. 3).

**2. Bei Wettbewerben der öffentlichen Hand**, die öffentlich-rechtlich reguliert sind (auf Bundesebene durch Art. 40 ff. VoeB)<sup>152</sup>, stellt sich die Sonderfrage, ob die gesetzliche Haftungsordnung (siehe Art. 34 BoeB) noch Raum lässt für privatrechtliche Ansprüche. Diese Frage ist umstritten.<sup>153</sup> Aus meiner Sicht besteht kein sachlicher Grund, die Haftung der öffentlichen Hand zu beschränken und die Konkurrenz mit zivilrechtlichen Ansprüchen auszuschliessen, zumal die Auftraggeberin mit ihren Ansprüchen gegen fehlbare Anbieter keiner entsprechenden, spiegelbildlichen Beschränkung unterliegt. Allerdings gebe ich zu, dass das [38] öffentlich-rechtliche Ersatzverfahren<sup>154</sup> dem anspruchsberechtigten Anbieter entgegenkommt, wenn man es an den Umständenlichkeiten eines Zivilverfahrens misst. Zudem dürften sich die wesentlichen Schadensposten als „Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind“, geltend machen lassen. Dies setzt voraus, dass die öffentliche Hand nicht darauf verfällt, bloss die notwendigen Aufwendungen zu ersetzen, wie der französische Gesetzestext es ihr – fälschlicherweise! – vorschreibt.<sup>155</sup>

## F Der Bauschaden des Nachbarn

**1.** Zuweilen kommt einer durch die Bauarbeiten eines benachbarten Grundeigentümers zu Schaden, wie in meinem letzten

Fall 7: Ein Nachbar eines bauenden Grundeigentümers wird dadurch geschädigt, dass ein Böschungsabbruch, der im Zusammenhang mit Aushubarbeiten steht, sein Grundstück und sein Haus in Mitleidenschaft zieht. Der geschädigte Nachbar kann sich gegen den bauenden Grundeigentümer wenden, wobei sich sein Ersatzanspruch wie folgt begründen lässt:

**a. Die Grundeigentümerhaftung.** Im Vordergrund steht die Haftung des Grundeigentümers aus Art. 685 Abs. 1 ZGB<sup>156</sup>, wonach ein Grundeigentümer bei Grabungen und Bauten die nachbarlichen Grundstücke nicht dadurch schädigen darf, „dass er ihr Erdreich in Bewegung bringt oder gefährdet oder vorhandene Vorrichtungen beeinträchtigt“. Der

<sup>152</sup> Bekanntlich kommt die SIA-Ordnung 142 auch in den Wettbewerben der öffentlichen Hand meist zur Anwendung, was der Vorstellung der VoeB ja auch entspricht (Art. 41 VoeB).

<sup>153</sup> Ablehnend: CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 596 ff., POLTIER, Les marchés publics, premières expériences vaudoises, in: RDAF 2000, S. 297 ff. und 325 f. Befürwortend: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rn 631 ff.; GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in: ZSR 1995, S. 313 ff. und 335 f.; GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 3. Aufl. 1999, S. 67. Offen gelassen von ZUFFEREY, in: Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Freiburg 2002, S. 148 f.

<sup>154</sup> Auf Bundesebene siehe dazu Art. 35 BoeB und den Entscheid des Eidg. Finanzdepartementes vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in: BR/DC 2002, S.73 ff., Nr. 8, mit Anm. STÖCKLI.

<sup>155</sup> In seiner französischen Fassung lautet Art. 34 Abs. 2 BoeB wie folgt: „La responsabilité selon le 1<sup>er</sup> alinéa se limite aux dépenses nécessaires engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours“ (mit meinem Hervorhebungen). Dieser Gesetzestext steht in Widerspruch zu den insoweit klaren Materialien (siehe Amtl Bull NR 1994, S. 2304 ff.).

<sup>156</sup> Für die Zwecke dieser einfachen Kausalhaftung gehört im Falle einer Baustelle der angrenzende öffentliche Grund, der etwa für das Baugerüst oder für Absperrungen genutzt wird, zum Baugrundstück (BGE 83 II 375 E. 2; 91 II 100 E. 2).



Abwehr- und der Ersatzanspruch des verletzten Nachbarn ergeben sich aus Art. 679 ZGB, der eine (einfache) Kausalhaftung des Grundeigentümers begründet. Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt nach Art. 60 OR, wobei die Verjährung nach allgemeiner Regel solange nicht zu laufen beginnt, als das schädigende Ereignis andauert (BGE 109 II 418 E. 3). Unverjährbar ist der Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Schädigung, wobei zu beachten ist, dass die Beseitigungsklage des verletzten Nachbarn auf Beseitigung der schädigenden Immission, nicht auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes seines Eigentums angelegt ist (BGE 107 II 134 E. 3). Der Restitution dient einzig der Schadenersatzanspruch, der – wie gesagt – der deliktsrechtlichen Verjährung unterliegt. Dies schliesst nicht aus, dass der Richter, der gestützt auf Art. 43 OR auch die Art des Ersatzes festlegt, dem verletzten Nachbarn Naturalersatz zuspricht.<sup>157</sup>

- b. Zur Deliktshaftung. Möglich ist auch ein Vorgehen gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR, wobei sich die dort erforderliche Widerrechtlichkeit ohne weiteres aus der Eigentumsverletzung ergibt. Diese Haftung setzt ein Verschulden des bauenden Grundeigentümers voraus, das sich aus der Verletzung des Gefahrensatzes herleiten lässt, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Ausservertraglich kann der Nachbar des weitern auch gegen den [39] Unternehmer vorgehen (Art. 41/55 OR), was jedenfalls nicht an der Widerrechtlichkeit scheitert, da der Nachbar einen Sachschaden vorzeigen kann.
- c. Unechte Solidarität. Richten mehrere Grundeigentümer durch unabhängige Bauprojekte beim gleichen Nachbarn einen Schaden an, haften sie ihm unter Umständen solidarisch (Art. 51 OR), so dass sich „der Geschädigte nicht um das Innenverhältnis und damit die endgültige Aufteilung des Schadens zwischen den Schädigern zu kümmern braucht“ (BGE 127 III 257 E. 4b/bb)<sup>158</sup>.

2. Wie steht es mit der **Haftung des Planers**, der den bauenden Grundeigentümer berät und es vertragswidrig unterlässt, die zur Vermeidung des schädigenden Böschungsabbruchs erforderlichen Massnahmen zu treffen? Dem *Bauherrn* hat der Planer aus positiver Vertragsverletzung einzustehen, wenn (über die Verletzung hinaus) die weiteren Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>159</sup> Doch haftet er auch dem geschädigten *Nachbarn*? Das Bundesgericht prüfte diese Haftungsfrage in einem Urteil vom 28. Januar 2000 (4C.280/1999)<sup>160</sup> und verneinte vorab (i) die *Deliktshaftung* eines Geologen, weil dessen „Handlungen und Unterlassungen“ nicht widerrechtlich waren. Insbesondere vermochte der Gefahrensatz (und dessen Verletzung) die tatbestandlich vorausgesetzte Widerrechtlichkeit nicht zu begründen. Denn der Geologe war lediglich dem Bauherrn gegenüber, nicht auch „gegenüber dem vertragsfremden Dritten“ zur Gefahrenabwehr verpflichtet. Weiter (ii) prüfte das Bundesgericht – in aller Selbstverständlichkeit – eine *Vertrauenshaftung* des Geologen,

<sup>157</sup> Zum Ganzen vgl. SCHNYDER, Das private Nachbarrecht, in: BRT 1985, Bd. I, S. 34.

<sup>158</sup> In diesem Fall führten die Grab- und Bautätigkeiten dreier Grundeigentümer, die unabhängig voneinander je einem Bauvorhaben nachgingen, beim Nachbarn zu Risschäden, was den bauenden Grundeigentümern die solidarische (Art. 51 OR) Haftung nach Art. 679/685 ZGB eintrug.

<sup>159</sup> Sind dem Bauherrn mehrere Planer zum Ersatz verpflichtet, besteht zwischen ihnen Haftungskonkurrenz (siehe BGE 125 III 223), wobei sich der Rückgriff nach Art. 51 OR richtet.

<sup>160</sup> Dazu: AEPLI, in: BR/DC 2000, S. 141 f., Nr. 321; BERGER, Zur Eigenhaftung beigezogener Bauexperten gegenüber geschädigten Nachbarn, in: Jusletter 15. Mai 2000. In einem Parallelverfahren prüfte das Bundesgericht die Haftung eines Ingenieurbüros, die sie aus identischen Gründen verneinte (Urteil vom 28. Januar 2000 [4C.296/1999]).

vermochte aber schon die erforderliche Sonderverbindung zwischen ihm und dem Nachbarn nicht zu erkennen<sup>161</sup>, weshalb auch diese Anspruchsgrundlage nicht zum Tragen kam.<sup>162</sup> Und schliesslich (iii) sah das Bundesgericht keine Veranlassung, den Geologenvertrag mit *Drittschutzwirkung* zugunsten des Nachbarn auszustatten, wobei es aber seine Prüfung ohnehin nur unter dem Vorbehalt vornahm, dass „eine solche Rechtsfigur für das geltende Recht überhaupt bejaht würde“.

\* \* \*

---

<sup>161</sup> Darüber hinaus fehlte es in casu an einer nachteiligen Vermögensdisposition, die für die Vertrauenshaftung stets erforderlich ist.

<sup>162</sup> Nachdem sich weder eine Delikts- noch eine Vertrauenshaftung des Geologen begründen liess, blieb auch Art. 51 OR aus dem Spiel, der andernfalls die solidarische Haftung angeordnet hätte.